UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2010 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LVIII

Анали Правног факултета у Београду

Година LVIII, бр. 2/2010, стр. 1–446

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК 94:342.7(=163.41)(439.2)"18/19" ; 94:342.24(497.113)"18/19"

Др Љубомирка Кркљуш

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду
ljkrkljus@sbb.rs

АУТОНОМИЈА ВОЈВОДИНЕ ДО 1918. ГОДИНЕ ДА ЛИ ЈЕ ПОСТОЈАЛА, КАДА И КАКВА?

Ауторка у раду даје преглед правног положаја Срба у Јужној Угарској, да би се показало да ли је за време Хабзбуршке монархије постојала аутономија Војводине. Срби су одмах после Велике сеобе и касније у више наврата тражили посебну територију, како би се обезбедио њихов национални опстанак, али ти захтеви нису били прихваћени. Статус Срба је био регулисан царским привилегијама, које су им давале персоналну аутономију, као припадницима православне вере и српског народа. Привилегије су постепено ограничаване, да би на крају биле сведене на црквена и школска питања. Српска Војводовина је проглашена на Мајској скупштини 1848. године и у току неколико месеци је на делу територије која је проглашена за Војводовину изграђена српска организација власти. Војводовина није била призната од стране аустријског двора. После угушења мађарске револуције, да би се окрњио територијални интегритет Угарске, цар је прогласио оснивање Војводства Србије и Тамишког Баната. Оно је било административно територијална јединица у централизованој и апсолутистички уређеној држави. Није постојала никаква самоуправа, а српско становништво било је у мањини. Војводство је укинуто 1860. године. На црквено народном сабору 1861. године, Благовештенском, формулисан је захтев за успостављање Војводине, као аутономне територије, који није прихваћен. Закључци Благовештенског сабора су до краја живота Срба под Аустроугарском остали њихов политички програм, који никада није био остварен. Ауторка закључује да Војводина није постојала као област са територијалном аутономијом за време хабзбуршке владавине и да је у то време представљала само једну политичку идеју, политички програм Срба у Јужној Угарској.

Кључне речи: *Појам и назив Војводине. Српске привилегије. Српски покрет 1848 1849. Војводство Србија и Тамишки Банат. Благовештенски сабор.*

Овога октобра навршава се 320 година од краја Велике сеобе Срба. Масовно пресељење Срба одиграло се 1690. године, у току и као последица Великог бечког (Морејског) рата (1683 1699), једног

од оних догађаја какви се обично називају светско-историјским и који је имао преломну улогу и значај у европској историји. Турска је тада покушала да продре дубоко у средњу Европу једним од својих највећих и најдужих похода, а европске државе се удружиле против Османског царства, што се завршило Карловачким миром и поразом Турске. У повести српског народа, последице Велике сеобе биле су судбоносне, и по део народа који је остао на старим стаништима и по онај који се нашао на новим територијама. С обзиром на то да је број српског становништва у Аустријској царевини драматично повећан Сеобом, било је неопходно да се његов правни положај утврди. Стога се статус Срба везује за привилегије које су тада издали аустријски цареви. У српској историографији Великој сеоби је заслужено посвећена велика пажња, али су закључци појединих истраживача често били прожети и мотивисани политичким ставовима и погледима. Постојала су веома различита и супротстављена мишљења о неким битним питањима везаним за сеобу: њеном карактеру, броју Срба који су у сеоби учествовали, њеним последицама, природи царских привилегија и статусу српског народа по досељењу, па чак и о самом времену главног таласа сеобе. Разлози ових несугласица нису увек били научни, па је ову појаву један наш угледни савремени историчар означио као интерпретацију и пројекцију садашњости у прошлости, као манипулисање прошлошћу у корист садашњости.[1]

Тумачење историјских чињеница у функцији одређеног политичког става и програма својствено је нашој политичкој сцени и у новије доба. Већина, или готово сви заговорници што веће самосталности Војводине, увек наглашавају да је она аутономију одувек имала, односно да је Војводина постојала и за време хабзбуршке владавине. Захтеви за већу аутономију, поред разлога савремених политичких циљева и интересâ, поткрепљују се и тим аргументом – историјског трајања, традиције и неке врсте стечених права. О томе се најчешће говори с изразитом сигурношћу, али без ослонца управо на елементарне историјске чињенице. Стога сматрамо да није сувишно подсећање на настанак појма Војводине као политичког програма и на настојања да се тај програм оствари, да би се одговорило на питање какав је био правни положај српског народа и да ли је постојала Војводина као област са територијалном аутономијом за време трајања Хабзбуршке монархије.

1. ПОЈАМ И НАЗИВ ВОЈВОДИНЕ

Термин Војводина, данас назив области и аутономне јединице у Републици Србији, историјски је настао и веома дуго био само

[1] А. Форишковић, *Текелије војничко племство XVIII века*, Матица српска, Нови Сад 1985, 104.

политички појам који је означавао јединствену националну и политичку заједницу, кроз коју је српски народ настањен у Хабзбуршкој монархији настојао да сачува свој верски, етнички и национални идентитет у склопу туђе државе. Ради остварења и очувања својих верских и националних права, Срби су се дуго борили да добију своју засебну територију, на којој ће уживати одређену политичку самосталност. Мисао о аутономији – Српској Војводини представљала је срж политичког живота, темељ политичке мисли и политичке, па и оружане борбе коју су Срби ради остварења својих националних права у Јужној Угарској водили готово два и по столећа. У току те дуготрајне и упорне борбе, изграђен је појам Војводине, који је у своме знаменитом Туцинданском чланку језгровито и потпуно изразио Светозар Милетић: „Војводство – то значи биће политично народа српског с ове стране“.[2] Педесет година после револуције 1848. године, Гига Гершић, омладинац, Милетићев сарадник, чувени правник, закључио је да је део српског народа који се доселио под патријархом Чарнојевићем донео у нову постојбину јасну свест о својој индивидуалности, која се у њему ни у време најтежег робовања под Турцима није сасвим гасила: „Политички израз те вазда будне националне свести била је мисао Војводине“.[3]

Када су у току прве фазе револуционарних догађања 1848. године, марта и априла месеца, формулисани политички захтеви српског становништва, преовлађивао је као назив за област која се тражила – Војводина, и војвода, као назив за њеног политичког поглавара. Ова је титула имала више заступника него назив деспота, који се такође помињао. Објашњење се може наћи у историјском значењу обеју титула. Већ крајем XIV века започеле су сеобе мањих или већих група Срба у Угарску, а настављене много интензивније после пада српске државе. Угледнији Срби са већим групама пратилаца и војника били су добродошли угарским краљевима ради попуњавања прорeђене војске и насељавања ратовима потпуно опустошених пограничних територија. Угарски владари настојали су да међу последњим потомцима породице Бранковића нађу старешине Србима који су живели у Угарској, те су им признавали достојанство деспота. После изумирања последњих Бранковића почетком XVI века, титула деспота је додељивана представницима истакнутијих породица, углавном властели са знатним поседима. Они су предводили Србе у ратним походима као војне старешине, а нису имали никакву политичку власт. Последњи деспот, именован 1537. године, био је Павле

[2] С. Милетић, „На Туцин дан“, *Изабрани чланци* (прир. Мирослав Јерков), Нови Сад 1939, 25.

[3] Г. Гершић, *После педесет година (Успомене и рефлексије о српском покре ту г. 1848)*, Земун 1912, 8 9.

Бакић. После његове смрти исте године, деспоти више нису били именовани.[4]

У војним формацијама које су сачињавали Срби, они су добијали и положаје нижих војних старешина, „војвода".[5] Титула војводе била је позната у српској средњовековној држави као високо војно достојанство. Већ пред крај живота цара Душана долази до милитаризације државне управе, тако да војводе, у чијој су надлежности били војни послови, добијају као заповедници војних одреда све већи значај у државној власти, да би већ до краја XIV века потпуно потиснули жупане као локалне управитеље.[6] У време деспотовине и у војној и у грађанској управи се среће титула војводе; на двору постоји велики војвода, док су друге војводе биле намесници у главним местима и војне старешине.

Као обележје старешинства и угледа, назив војводе се задржао и после турског освајања. Њега су носиле старешине појединих заједница, које су у доба турске владавине имале одређене самоуправе. Тако је и последњи деспот Павле Бакић, пре свог пресељења у Угарску 1525. године, имао титулу војводе.[7] Како су Срби у Угарској били претежно организовани као војници, разумљиво је што је звање војводе, као ознака војног старешине још из доба српске државне самосталности, временом добијало на значају и потискивало у заборав достојанство деспота које је све више представљало историјско сећање, а све мање живело у стварности. Тако је, етимолошки, назив „Војводина" настао вероватно отуда што се српско становништво досељавало под вођством својих старешина, војводâ.[8]

Важну улогу у опредељивању за титулу војводе, а не деспота као политичког поглавара српског народа, у току револуционарних збивања 1848. године одиграо је још један разлог. Изрази „деспот" и „деспотовина" асоцирали су на деспотску, недемократску владавину. Михаило Полит-Десанчић помиње како се на омладинском скупу на Венцу о Цветима 1848. године Светозар Милетић није сложио са предлогом да се територија, на којој су Срби желели да добију политичку аутономију назове „деспотовина". „То никако!" – рече Миле-

4 С. Ћирковић, „Српски живаљ на новим огњиштима", *Историја српског народа* II, Београд 1982, 432 438; „Последњи Бранковићи", *Историја српског народа* II, Београд 1982, 455.

5 С. Ћирковић, „Српски живаљ на новим огњиштима", 437.

6 М. Благојевић, *Државна управа у српским средњовековним земљама*, Београд 1997, 288 292.

7 С. Ћирковић, „Срби у одбрани угарских граница", *Историја српског народа* II, Београд 1982, 473 475.

8 П. Скок, „Топономастика Војводине", *Војводина* I, Нови Сад 1929, 110.

тић. „У данашњем времену слободе и слободоумља деспотовина би Србе веома жигосала“.[9]

2. ВЕЛИКА СЕОБА

2.1. Правни положај српског народа после сеобе

У аустријским земљама је и пре Велике сеобе било доста српског становништва, чији број није могуће тачно утврдити. Пораз Турака под Бечом на самом почетку рата, 1683. године, охрабрио је покорене балканске народе да се дигну против турске владавине. Суочен са претњом напада са запада, аустријски цар Леополд I је настојао да у рат укључи и народе југоисточне Европе. Користећи устанке народа, Аустрија је почела да придобија домаће становништво као савезнике различитим дипломатским средствима, обећавањем повластица и привилегија старешинама и црквеној јерархији.

У рату је учествовао велики број српских добровољаца. Када се ратна срећа променила, после пораза царске војске код Качаника 2. јануара 1690. године, Срби су почели да се повлаче заједно са аустријском војском, плашећи се турске одмазде. Цар Леополд I покушао је да их одврати од исељавања и да их охрабри да наставе борбу против Турака, захтевајући да не напуштају своја огњишта. У прогласу којим је позвао хришћане на устанак, потписаном 6. априла 1690. године, познатом као *Litterae invitatoriae*, обећао је да ће бити поштоване старе повластице, слобода вере, слобода избора војводе, ослобођење од свих дажбина и терета изузев оних које су даване у старо време, пре турског освајања, слободан посед добара која буду освојили од Турака.[10]

---

[9] М. Полит Десанчић, *Како је то било у нас Срба у Буни године 1848*, Нови Сад 1996, 78.

[10] Ј. Радонић, М. Костић, *Српске привилегије од 1690. до 1792*, Београд 1954; С. Симеоновић Чокић, „Српске привилегије“, *Војводина* II, 52. У вези с карактером овог царског прогласа постојале су у историографији супротстављене оцене, у погледу тога да ли је он представљао позив у сеобу или само обећање одређених привилегија после аустријског освајања. Исто тако, дуготрајне полемике и контроверзе, које нису завршене јединствено прихваћеним закључцима, постојале су и у погледу саме сеобе: њеног карактера, броја пресељеног становништва и правне природе привилегија које су издали хабзбуршки владари. О томе је писао знатан број истакнутих историчара и других научника и јавних радника: И. Руварац, *Одломци о грофу Ђорђу Бранковићу и Арсенију Црнојевићу патријарху с три излета о такозваној Великој сеоби српског народа*, Београд 1898; Ј. Н. Томић, *Десет година из историје српског народа и цркве под Турцима (1689 1693)*, Београд 1902; Ј. Радонић, „Војводина од Велике сеобе (1690) до сабора у Крушедолу (1708)“, *Војводина* II; М. Костић, „О постању и значају тзв. „Инвитаторије“ Леополда I балканским народима од 6. априла 1690“, *Историски часопис*, књ. 2, Београд 1951; Р.

Право избора војводе ушло је у царев проглас вероватно као резултат представки Ђорђа Бранковића, који се издавао за потомка последње српске владарске лозе, Бранковића. Настојећи свим средствима да привуче савезнике, на самом почетку рата, 7. јуна 1683. године, цар је Бранковићу издао диплому којом му даје својство барона Угарске краљевине, признаје порекло од српске владалачке породице и наследно право на неке области. Цар је рачунао да ће овим гестом приволети Бранковића да утиче на Србе да се подигну против Турака. Касније, у току рата, у склопу дипломатско-политичких акција на придобијању становништва Балкана за борбу против Турака, цар је 20. септембра 1688. године, преко угарске дворске канцеларије, уврстио Бранковића у ред угарских грофова и признао га за господара Илирије и великог војводу Горње и Доње Мезије и других земаља. Бранковић је успео да придобије знатан број српских добровољаца у аустријску војску. Међутим, када је начинио програм о васпостављању српске државе уместо европске Турске, под именом „Илирик“ или „Илирска краљевина“ и прогласио се за наследног господара и деспота те државе, то је изазвало негодовање и забринутост царских војсковођа и самога цара, те је Бранковић затворен и интерниран у Беч. [11]

Пошто је у царевом прогласу било мало речи о правима и повластицама цркве, на збору црквених и световних старешина и народа у Београду 18. јуна 1690. године одлучено је да се цару Леополду упути јенопољски епископ Исаија Ђаковић да би се потврдило

Веселиновић, „О неким питањима народних покрета с краја XVII века“, *Историјски гласник*, св. 1 2, Београд 1959; Г. Станојевић, *Србија у време Бечког рата*, Београд 1976; Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини* I III, Нови Сад 1990; Д. Богдановић, *Књига о Косову*, Београд 1985; С. Симеоновић Чокић, „Српске привилегије“, *Војводина* II; М. Јакшић, „Природа преласка Срба у Угарску 1690 и Привилегије“, *Летопис Ма тице српске*, књ. 206, Нови Сад 1901; Г. Гершић, „После педесет година“, *Дело*, књ. 19, Београд 1898; А. Ђукић, „Кад су се Срби са патријархом III Чарнојевићем до селили у земље мађарске круне“, *Јавор*, бр. 11 12, Нови Сад 1891; Ј. Томић, *Сеоба Срба*, Нови Сад 1908.

[11] Бранковић је затворен „из државних разлога“, без одређене кривице: *Nihil male fecit, sed sic ratio status exposcit*. У прогонству и тамници је провео време од 1689. до смрти у Хебу 1711. године. Мада нереалан, његов програм је имао велики значај у потоњем политичком животу Срба у Аустрији. Бранковић је био аутор и веома обимног историјског дела, *Славено сербских хроника*, те се сматра и за за четника модерне српске историографије. (Ј. Радонић, *Гроф Ђорђе Бранковић и његово време*, СКА, Посебна издања XXXIII, Београд 1911, 77, 122–143, 345–346; Ј. Радонић, *Ђурађ II Бранковић, „деспот Илирика“*, Цетиње 1955, 26; Р. Веселиновић, „Развитак мисли о српској државности у ослободилачким покретима и устанцима током XVI XVII столећа“, *Историјски часопис* XXI, 1976; Р. Самарџић, „Ђорђе Бранковић, Историјске и политичке основе првога српског програма“, *Писци српске историје*, III, Просвета, Београд 1986, 11 12; С. Симеоновић Чокић, 52; Ј. Радонић, „Војводина од Велике сеобе (1690) до сабора у Крушедолу (1708)“, *Војводина* II, Нови Сад 1939, 6.

признање црквене аутономије и патријархове јурисдикције у оном обиму каква је била под Турцима. Уз Бранковићеву помоћ и савет, Ђаковић је у представци цару молио да се верска аутономија и друга права и повластице признају и староседеоцима, а не само тек досељеном становништву.

У привилегији издатој 21. августа 1690. године, детаљно су утврђена права цркве. Цар је прихватио захтеве које му је сабор у Београду упутио преко Исаије Ђаковића, те се може сматрати да садржина ове привилегије и начин њеног настанка, као резултата преговора између цара и представника српске црквене јерархије и народа, оправдавају тумачење да су услови под којима су се Срби доселили имали карактер својеврсног уговора, да је њихов положај решен *per modum pacti*.[12]

Страх од турских репресалија показао се као оправдан, те су Срби почели масовно да се повлаче после пораза царске војске. Последње избеглице прешле су Дунав и Саву почетком октобра. С обзиром на релативно малобројне и недовољно поуздане изворе, процене о броју избеглог становништва веома се разликују.[13] У односу на тадашњу густину насељености и број становника, и најмањи од ових претпостављених бројева био је у ствари веома велики. Г. Станојевић сматра да је Србија тада имала највише до 200.000 становника Срба, без Турака и странаца.[14]

Досељени Срби су на скупу одржаном 20. марта 1691. године изразили готовост да ступе у аустријску војску, али су тражили да се потомак њихових деспота Ђорђе Бранковић пусти на слободу. Док се то не догоди, молили су дозволу да изаберу другу личност која ће заменити „војводу и деспота“ на челу народа.[15] Бранковић

12 Јована Христиф. барона Бартенштајна, *Кратак извештај о стању расеја нога многобројнога илирскога народа по цар. и краљ. наследничким земљама*, У Бечу 1866, 27. Закључак да је положај пресељеног српског народа почивао на некој врсти уговора најжешће је оспоравао И. Руварац, али је супротни став имао већи број заступника. К. Суботић наводи изворе из тајне царске архиве у Бечу, на осно ву којих закључује да се може прихватити мишљење да су се Срби доселили *per modum pacti*, К. Суботић, *О главној сеоби Срба под Арсенијем III Чарнојевићем и о првим српским привилегијама*, У Земуну 1897, 20 21.

13 Патријарх Арсеније III Црнојевић помиње 37.000–40.000 фамилија, те је тај податак многим истраживачима послужио као основ за утврђивање броја пре беглих Срба, мада је он од других и оспораван. Процене броја пресељених Срба веома се разликују: 30.000 душа (Р. Самарџић), 70.000–80.000 (И. Руварац и Д. Ј. Поповић), 70.000 (Г. Станојевић), 370.000 400.000 душа (Ј. Х. Швикер), најмање 185.000 (Д. Богдановић).

14 Г. Станојевић, 23. Станојевић под Србијом подразумева територију тзв. уже Социјалистичке Републике Србије из времена када је писао своју студију.

15 Ј. Радонић, *Гроф Ђорђе Бранковић*, 450; Ј. Х. Швикер, *Политичка историја Срба у Угарској*, Матица српска, Гутенбергова галаксија, Нови Сад Београд 1999, 37.

није ослобођен, а цар је допустио да се изабере његов заменик. За подвојводу су Срби 6. или 7. априла 1691. године изабрали капетана Јована Монастерлију, што је цар потврдио 11. априла. У декрету о именовању назначено је да ће се подвојвода бринути о пословима српског народа и управљати Србима. Међутим, његова власт се простирала само над Србима у Бачкој и Банату, а њен делокруг није ближе одређен. Управљао је војницима и имао административну власт над Србима у том крају, али су на ту власт претендовали и вршили је и угарски органи. Монастерлија је био биран више за команданта српске милиције, него за политичког поглавара народа. После њега више нису биле биране српске војводе.[16]

Следећа привилегија издата је одмах после сеобе, 21. августа 1691. године, преко угарске дворске канцеларије, и упућена Србима у Угарској и Славонији, а потом и осталим земљама. Потврђена су у целини права и повластице садржана у претходним актима и додата нека нова: Срби могу да остану под вођством и управом сопствених власти, могу несметано уживати од владара добијене привилегије и држати се својих обичаја. Зависиће од архиепископа као црквеног поглавара не само у црквеним, него и у световним стварима. Карактеристично је да је већ у овој привилегији потпуно изостављена институција војводе као световног поглавара, иако су Срби више пута покретали то питање, а поглавар цркве добио је и световну власт.[17]

Цар се у Привилегији од 21. августа 1690. године обраћа патријарху, црквеним и световним елементима и самој српској православној цркви као „верској заједници грчког обреда и српске народности".[18] То је био основни правни акт којим је уређен положај српског народа под влашћу аустријског цара и угарског краља Леополда I. Као и у овој привилегији, српске избеглице се и у касније издатим државним документима означавају увек као „једна *државна целина*, као ʻзаједница грчке вере и српског народаʼ или као ʻрацкиʼ, ʻилирскиʼ или ʻсрпски народʼ, као ʻрацки или илирски народʼ (*gens rasciana*, *populus Illyricus*), итд. Привилегије говоре, надаље, о ʻдуховним и световним сталежимаʼ (*Ecclesiasticis et saecularibus Statibus*), у које су поред *епископа* и *монашких и световних духовника* спадали још и *капетани, поткапетани, барјактари и официри рацке*

[16] А. Ивић, *Историја Срба у Војводини, од најстаријих времена до оснивања потиско поморишке границе (1703)*, Нови Сад 1929, 304 307.

[17] С. Симеоновић Чокић, 56. Поред поменутих привилегија, крајем XVII века цар Леополд I је издао још три: *Заштитну диплому* од 11. децембра 1690. године, *Привилегију* од 20. августа 1691. године и *Привилегију* од 4. марта 1695. године. То су основне привилегије које су касније потврђиване, тумачене, допуњаване и мењане, а издаване су и нове којима су регулисана нека нова питања. Привилегије су систематизоване и кодификоване, а и доста измењене у *Деклараторијалном рескрипту* 1775. и *Конзисторијалној системи* од 1782. године.

[18] С. Симеоновић Чокић, 55.

милиције, као и 'сопствени магистрати' српских избеглица".[19] Српска црква је призната за установу јавног права. Тако су Срби своје захтеве поткрепљивали чињеницом да су у свим привилегијама помињани као целина, заједница и нација, а не као становништво.[20]

2.2. Захтеви за територију

Готово од самог почетка досељавања српског становништва наметнуло се питање територије, јер су Срби приликом насељавања наилазили на тешкоће и долазили у сукобе са представницима грађанских, војних и црквених власти. Већ у јесен 1693. године патријарх је у Бечу, у договору са Бранковићем, одлучио да Срби затраже одвојено земљиште. По повратку из Беча, у споразуму с Монастерлијом, патријарх је у јануару 1694. године сазвао народни збор у Баји, где је одлучено да се захтева додељивање посебне територије Србима, у Малој Влашкој (средња Славонија), где би се населили као војнички организована заједница, под управом својих старешина и под непосредном краљевом влашћу. То им није било допуштено, већ им је отписом Дворског ратног савета од 31. маја 1694. године додељена област између Доњег Дунава и Тисе (Банат), али не као посебна територијална јединица са српском управом, него само са персоналним повластицама за Србе. Подређени су непосредно краљу и ослобођени од жупанијских и спахијских дажбина. Обећано им је да ће бити враћени на своја огњишта, чим то околности допусте.[21] Патријарх Арсеније је 1706. године у молби новом цару Јосифу I поновио захтев за посебну територију, а његов наследник митрополит Исаија Ђаковић је такође подсетио Јосифа I, 4. јануара 1709. године, да је његов отац намеравао да Србима дâ посебну област.[22]

Одмах после Карловачког мира 1699. године двор је почео организовање нових сектора Војне границе према Турском царству. Од 1700. до 1703. године уређене су Посавско-подунавска и Потиско-поморишка граница. Територија која је остала изван Војне границе припала је Бечкој дворској комори и угарским жупанијама.[23] Тако су Срби од почетка XVIII века живели под коморском, односно јурисдикцијом угарских жупанија и као граничари у Војној грани-

[19] Ј. Х. Швикер, 34.

[20] Ј. Радонић, М. Костић, 22.

[21] А. Ивић, 318; Ј. Радонић, „Војводина од Велике сеобе", 28.

[22] Р. Веселиновић, „Борба Срба у великом рату 1683 1699", *Историја српског народа* III–1, Београд 1993, 561; Ј. Х. Швикер, 51.

[23] Ј. Савковић, *Преглед постанка, развитка и развојачења Војне границе (од XVI века до 1873. године)*, Нови Сад 1964, 21 22; А. Ивић, 343–346; С. Гавриловић, „Срби у Угарској и Славонији од карловачког мира до аустро-турског рата 1716 1718", *Историја српског народа*, књ. IV 1, Београд 1986, 56–57; Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини* I-III, Нови Сад 1959, II, 95 96.

ци. Средином века извршена је суштинска реорганизација Војне границе и коначно учвршћен жупанијски систем.[24] Административно-територијално уређење ових области мењало се у зависности од ратова с Турском и померања границе до које је долазило у исходу тих ратова. Када је државна граница с Турском стабилизована после рата 1737 1739, дошло је и до промена у уређењу и положају Војне границе, али и провинцијалног дела угарских земаља. После укидања Потиске и Поморишке војне границе, формирани су привилегијама царице Марије Терезије (1751. и 1774) крунски дистрикти, Потиски (Бечејски) и Великокикиндски, који су представљали својеврсни прелазни облик ка уклапању делова развојачене Војне границе у жупанијски систем. Дистрикти су имали сопствене магистрате, који су имали грађанску и кривичну јурисдикцију, као и политичко-административну и економску управу.[25] Становништво дистриката имало је повољнији положај од становника на спахилуцима, у погледу обавеза и управе.[26] У XVIII веку неколико места је стекло статус слободних краљевских градова: Нови Сад, Сомбор и Суботица. Слободни краљевски градови имали су одређену аутономију у односу на околно племство, оличено у жупанијској власти. Градски магистрат имао је управну и судску власт. И у Војној граници је било такође градских насеља војних комунитета, који су уживали извесне повластице могућност откупа од војне службе и сопствени магистрат.[27]

2.3. Карактер српских привилегија

Карактер српских привилегија и статус српског народа ушли су одмах у ред оних питања која су у највећој мери трпела последице сложених државноправних и политичких односа и супротстављених интереса владара и угарских сталежа и изазивала трајне несугласице између двора и мађарског племства. У време владавине Леополда I и Хабзбуршка монархија добија обележја апсолутизма и започиње централизација целокупне државне власти у рукама владара. При-

[24] С. Гавриловић, „Срби у Угарској и Славонији“, 60.

[25] Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини* II, 129 130, 136; В. Стајић, *Великокикинд ски диштрикт 1776 1876*, Нови Сад 1950, 37 43; А. Форишковић, *Текелије*, 265 266; Ј. Х. Швикер, 107.

[26] С. Гавриловић, „Срби у Угарској и Славонији“, 210 211; В. Стајић, *Вели кокикиндски дистрикт*, 1776 1876, Нови Сад 1950; Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини* II, 129 130, 136 137.

[27] С. Бачић, *Повеље слободних краљевских градова Новог Сада, Сомбора и Суботице*, Суботица 1995, 61 68; *Повластица слоб. кр. вароши Новог Сада од годи не 1748*; М. Ердујхељи, *Историја Новог Сада*, Нови Сад 1897, 446; *Привилеговано писмо Марије Терезије 1749*; Ђ. Антић, *Из прошлости Сомбора*, Сомбор 1966, 55; А. Форишковић, „Политички, правни и друштвени односи код Срба у Хабзбуршкој монархији“, *Историја српског народа* IV 1, Београд 1986, 267.

знањем наследног права Хабзбургâ на угарску круну у Пожуну 1687. године биле су укинуте угарске сталешке слободе. Двор је сматрао да српска питања представљају чисто аустријску политичку и домаћу ствар, *Patrimonium domus Austriacae* (а не *Provincialae Regni Hungariae*), а српска црква установу јавног права под суверенитетом монарха, те да нема потребе, као што су тврдили угарски сталежи, да српске привилегије морају да буду инартикулисане (узакоњене) на угарском сабору да би биле примењиване.[28]

Привилегије су штитиле пре свега верска права Срба и права јерархије и свештенства према верницима. Омогућавале су представницима Срба са читаве хабзбуршке територије да се окупљају на црквено-народне саборе, уз дозволу двора и присуство владаревог изасланика. Сабори нису имали утврђени делокруг. Старали су се о поштовању привилегија, протестовали у случајевима њиховог кршења, бранили се од захтева католичке јерархије и покушаја унијаћења, али су расправљали и о односима унутар српске заједнице и примали жалбе због угњетавања од стране спахија, коморских чиновника и других.

У апсолутној монархији у какву се Хабзбуршка царевина преображавала, настајала су и нова схватања о суштини и природи државне власти. Тај развој је нужно водио ка преовлађивању територијалног над персоналним принципом примене права. Стога је српски народ у аустријским земљама одмах после Сеобе и у току XVIII века у више махова захтевао да се његово национално биће обезбеди путем политичко-административне аутономије у посебној области Војводини. Захтеви су заснивани на привилегијама и полазили су од тога да оне нису биле у целини поштоване и остварене, јер су током XVIII века српска права све више ограничавана. У привилегије су уношене рестриктивне клаузуле: Срби ће уживати привилегије „уз задржавање права других". Сужавана су и сама права заснована на њима и власт српских црквених поглавара, који су све више губили својство световних старешина, што су им привилегије давале. Поред тога, ограничена су и права црквеног поглавара да именује црквене јерархе, као и друга његова црквена права.[29] Коначно сужавање привилегија и свођење митрополитове власти искључиво на црквена питања спроведено је *Деклараторијом* од 1779. године.

Истовремено и паралелно са променама у положају Срба које су биле плод политичких прилика и односâ који су владали у Монархији, деловао је у правцу ограничавања и сужавања привилегија

28 Ј. Х. Швикер, 53, 100.

29 *Потврдна диплома* цара Карла VI од 2. августа 1713, његова *Заштитна диплома* од 10. априла 1715, *Деклараторија* од 1729, *Потврдна диплома* Марије Терезије од 24. априла 1743. Ј. Х. Швикер, 60, 61, 65.

и сам развој Хабзбуршке царевине. Даване Србима као припадницима верске и народне заједнице, а не за становнике одређене области, на основу територијалног принципа, привилегије према томе имају својство персоналних права. Представљале су једну закаснелу примену персоналних права[30] типичних за феудални поредак и феудална правна схватања. У условима промена у погледима на основе државног и правног поретка, јачањем апсолутизма и централизма, свођење српске аутономије на црквену и просветну био је „логичан завршетак повластица персоналне природе, јер се самоуправа верских заједница може и у модерној држави заснивати на персоналном праву, а политичка аутономија једино на територијалном".[31]

Мада ограничене већ самом својом природом и садржином, а временом и све више сужаване, привилегије су за Србе „бар значиле подстицај за даља настојања око свог опстанка".[32] У држави која је, све до свога коначног распада, после Првог светског рата, почивала на историјским правима и на принципу легитимитета, привилегије су за Србе представљале један слабашни темељ на којем су једино могли да заснивају своје политичке захтеве за већу равноправност и за аутономију.

3. ТЕМИШВАРСКИ САБОР ЗАХТЕВИ ЗА ТЕРИТОРИЈУ И ГРАЂАНСКУ ЈЕДНАКОСТ

Умањивана и ограничавана током целог XVIII века, аутономна привилегијална права Срба била су коначно сведена на црквена и школска питања за време владавине Марије Терезије. Централизација је обухватила и Војну границу, где је живео велики део српског становништва, те су и ту уништени последњи заостаци народних самоуправа, које су у почетку постојале у Граници. Духовно-политичко јединство српски народ је успео да и даље очува у оквиру Карловачке митрополије, преко цркве, школства и народно-црквених сабора. Врховна власт у Бечу сматрала их је као јединствену илирску нацију (*natio illirica*), што је код њих одржавало мисао о аутономности и онда када су њихове националне привилегије сведене само на црквену и унеколико школску сферу.[33]

---

30 С. Ћирковић, „Јужни Словени у Хабсбуршкој монархији у периоду апсо лутистичких реформи", *Историја Југославије*, Просвета, Београд 1972, 87.

31 С. Симеоновић Чокић, 85.

32 Р. Самарџић, „Српски народ између Турске и Аустрије", *Идеје за српску историју*, Југославијапублик, Београд 1989, 148.

33 С. Гавриловић, „Стремљења српског народа ка аутономији у Хабсбуршкој монархији и Угарској (од краја XVII до средине XIX века)", *Задужбина*, бр. 10, мај 1999.

Крајем XVIII века пароле велике Француске револуције утицале су и на духове у Аустрији а посебно у Угарској. Угарски сабор захтевао је реформе. И код Срба се јавила једна струја која је желела споразум с угарским сабором и тражила од њега, као уставно надлежног тела, да инартикулише српске привилегије и Србе призна као равноправни народ у држави. Угарски канцелар гроф Палфи је у име угарских сталежа одбио ове захтеве, с образложењем да у Угарској не постоји „тзв. илирска нација“.[34] Када су угарски сталежи одбили ове захтеве, одржан је са царском дозволом у Темишвару 1790. године српски сабор, који је истакао политичке захтеве: посебну територију под управом сопствене власти, поштовање привилегија за део народа који остане ван те области, да Срби граничари у случају расформирања појединих делова Границе не дођу под спахијску власт, и да се за Србе при двору оснује посебна дворска инстанца, Илирска дворска канцеларија. Ови захтеви нису били испуњени.[35]

Према томе, у периоду после Велике сеобе до 1848. године не постоји Војводина. Постојали су захтеви за посебну територију, али се за правни основ положаја српског народа још увек сматрају привилегије, што су се односиле на све Србе који су живели у Хабзбуршкој монархији, као припаднике православне вероисповести, а не само на оне насељене на територији приближно истоветној са оном која ће касније бити названа Војводина.

4. СРПСКИ НАРОДНИ ПОКРЕТ 1848 1849. ГОДИНЕ

4.1. Проглашење Српске Војводовине

Идеја о Српској Војводини, посебној области са својом сопственом влашћу, била је оживотворена први пут у току револуционарних збивања 1848 1849. године. Поред права човека и народног суверенитета, Француска револуција је отворила и проблем националног суверенитета, а револуционарна 1848. је национално питање увела на велика врата у токове европске историје.[36] Револуционарно врење

---

[34] „...muss man unterthänigst bemerken: dass die sogenannte illyrische Nation als Nation in dem hungarischen Staate keine politische Existenz habe, und auch nirgends unter dessen Bürgern ein besonderes Corpus ausmache...“ (*Темишварски сабор 1790*, избор и објашњења С. Гавриловић, Н. Петровић, Нови Сад Сремски Карловци 1972, 49)

[35] *Темишварски сабор 1790*; С. Гавриловић, „Срби у Хабсбуршкој монархији пред угарски сабор 1790“, *Југословенски историјски часопис* (*ЈИЧ*) 5/1965, 17 34; В. Гавриловић, *Темишварски сабор и Илирска дворска канцеларија (1790 1792)*, Платонеум, Нови Сад 2005, 227 234; Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини* III, Нови Сад 1963, 26 29.

[36] A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809 1918*, Zagreb 1990, 73; Ч. Попов, *Европске грађанске револуције од XVIII до XX века (Покушај емпиријског уопштавања)*, Нови Сад 1992, 25.

које се у пролеће 1848. године муњевито ширило у Хабзбуршкој монархији, захватило је и српско грађанство у Јужној Угарској. Као и у већини других земаља у склопу Царевине, захтеви које је покрет истакао имали су поред социјалне и националну садржину. Основ и темељ тих захтева била је мисао о слободи, која је моћно завладала тадашњом Европом. „Слобода кружи светом, она је и на нашој земљи подигла своје олтаре. Све запреке слободи су отклоњене, можемо се несметано борити за највиша добра човека и грађанина", стоји на почетку прогласа који је 9/21. марта 1848. године новосадским грађанима упутио Ђорђе Стратимировић са друговима.[37] Свој говор на скупштини, одржаној у Сремским Карловцима 1/13. и 3/15. маја, и митрополит Јосиф Рајачић започео је подсећањем на догађаје у Европи и на почетку истакао принципе који руководе народне покрете и права на којима се њихова борба заснива. У говору се није позвао на царске привилегије, него на природна права која припадају свим народима.[38]

Скупштина је, ипак, своје одлуке везала за привилегијална права. Позивање на привилегијална права, али и на нова начела која су у ово „пролеће народâ" завладала Европом, покушао је да у свом спису о скупштини објасни један од њених активних учесника, тада протосинђел, а касније епископ пакрачки, Никанор Грујић: „Ми нисмо основали захтевања наша, нити ји оснивамо на праву историјском [...] нама су привилегије наше утолико само за основ служиле у послу нашем, што смо по њима могли слободно први корак учинити у самосталном нашем животу и њега оправдати. Уосталом ово више нису времена историјски права и привилегија, ово су времена народности, у којима се самосталност на природном праву народа [...] оснива и потврђује [...]".[39]

Мајска скупштина је прогласила српски народ за „политично слободан и независан под Домом аустријским и обштом круном угарском". Изабрани су војвода, пуковник Огулинске региметне Стеван Шупљикац и патријарх, дотадашњи архиепископ и митрополит карловачки Јосиф Рајачић. Одређена је територија Српске Војводовине: Срем с Границом, Барања, Бачка с Бечејским дистриктом и Шајкашким батаљоном и Банат с Границом и Кикиндским дистриктом. Проглашен је политички савез са Троједном краљевином (Хрватском, Славонијом и Далмацијом). Изабран је одбор који је

---

[37] *Грађа за историју српског покрета у Војводини 1848–1849*, Београд 1952 (у даљем тексту *Грађа*), 10.

[38] „...Права свим народима јесу: народност, језик, самосталност, вера, завичај, слобода мислити и мисли своје словом или писмом другима саобштити..." (*Грађа*, 155–256.)

[39] Н. Грујић, *Наставак србске скупштине 1 га и 3 га маја 1848 у Карловци држане*, Београд 1849, 33.

требало да разради ове одлуке и спроведе их, с овлашћењем да може сазвати народни сабор. Проглашена је и обезбеђена румунска народна самосталност. Одлучено је о слању трију делегација: посланство цару, које ће га обавестити о жељама Срба, депутација упућена хрватском сабору и делегација на Словенски конгрес у Прагу.[40]

Од почетка покрета и у току његовог трајања (од пролећа 1848. и у току неколико месеци 1849. године) Срби су у актима различите природе који су тада доношени уобличили јасну концепцију о аутономној Српској Војводовини, као посебној јединици у склопу Монархије, равноправној са осталим земљама, са најважнијим елементима њеног уређења и правима њених грађана. Истовремено, у току покрета изграђивана је српска власт у Војводовини, са свим суштинским елементима државне власти.[41] Поред централних органа власти (Главног одбора владе, патријарха, војводе) организовани су месни органи, који су заменили старе органе власти. Организована је народна војска, нови органи су поред управне имали и судску власт, донесени су бројни прописи и уставни нацрти.[42]

Проглашена је безбедност и очување националне самосталности других народа настањених у Војводини и Главни одбор је објавио прокламацију Румунима, Словацима, Буњевцима и Мађарима. Једнакост народâ у политичким правима није остала парола. И касније је припадницима појединих националности омогућавано да са властима опште на свом језику, односно да званични језик у месту буде језик већине становништва.[43]

4.2. Покушаји добијања признања одлука Мајске скупштине

Већ у мају 1848. године Срби су покушали да добију признање одлука Мајске скупштине. Прва српска депутација уверавала је цара да Срби не желе сопствено краљевство и отцепљење, да Војводство неће бити држава у држави и да желе само јемство за своју угрожену народност. Српска депутација и патријарх покушавали су упор-

---

[40] *Грађа*, 257 259.

[41] *Грађа*, 14, 68, 87, 95, 103, 115, 123, 140, 141, 177, 178, 229, 230, 242, 284; Ј. Суботић, *Из живота дра Јована Суботића (Автобиографија)*, Нови Сад 1901–1910; Штампани проглас (Српски народни одбор; Закони, Извештаји, Прогласи, Прокламације 1848–1849), Библиотека Матице српске у Новом Саду.

[42] Љ. Кркљуш, *Пројекти устава за Војводовину Србију настали у току Српског народног покрета 1848 1849*, Нови Сад 2006; иста, „Уставно питање у Војводини за време српског покрета 1848 1849. године“, *Српски покрет у револуцији 1848 1849*, Нови Сад 2000, 89 119; иста, „Привремена уредба за печатњу Војводовине Србије 1849. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1 3/1989, 174 182; иста, „Проект устава за Војводину Србску Стефана Радичевића“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 393 394.

[43] *Грађа*, 311.

но, у току следећих месеци, да издејствују од двора признање одлука Мајске скупштине: избор патријарха и војводе, успостављање Српске Војводовине, као посебне територије под сопственом управом и организацију власти која је формирана. Захтеви су се позивали углавном на привилегије, као српска историјска права, али и на неке савремене принципе.[44] Ове одлуке двор није признао, а мађарска влада им се одлучно успротивила, те је убрзо дошло и до крвавог оружаног сукоба између Срба и Мађара.

Манифестом младог цара Фрање Јосифа 15. децембра 1848. године васпостављено је достојанство патријарха и војводе, а одлука о територији Војводине и њена изграђена организација власти нису потврђени.[45] Патријарх је указао на ограниченост ових признања. Није признато оно најважније Војводовина, тј. територија: „Народ треба простор свој, на ком ће се оснивати, а то је Војводовина".[46] Нагласио је да српски народ не може више да се задовољи персоналним правима и да је за остварење његовог политичког циља: самосталности и независности српског народа неопходан услов територија Војводовина.

Војводовина није призната ни аустријским октроисаним *Уставом* од 4. марта 1849. године. По уставу је цела царевина била јединствена, унитарна држава, са јединственим парламентом и одговорном владом. За положај Војводине била су битна три члана: 71, 72 и 75. У члану 71 стоји: „Устав Краљевине Угарске биће очуван утолико, што одредбе које нису у сагласности с овим уставом царевине губе важност, а равноправност свих народности и језика који су у употреби биће обезбеђена одговарајућим установама. Посебан статут регулисаће ове односе". Члан 72 гласи: „Војводству Србији биће осигурано такво уређење, које ће се, ради очувања његове црквене заједнице и народности ослањати на старе привилегије и царске указе најновијег времена. Уједињење Војводства са неком другом круновином ће се по саслушању и уз пристанак њихових посланика определити посебном одлуком". По члану 75: „Установа Војне границе, основана у циљу зашите целокупности царевине, остаће у својој војној организацији неизмењена и чиниће неодвојиви део царске војске. Становницима Војне границе биће у погледу имовинских односа и њиховог олакшања дат посебни статус, какав је раније дат другим круновинама".[47]

44 J. Thim, *A magyarországi 1848 49 iki szerb fölkelés története* I III, Budapest 1930 1940, III, 181 189, 332 338; *Србски летопис*, књ. 112, 405; АСАНУК, СНПок, кут. 15/849, а. б. 3; Рукописно одељење Матице српске (у даљем тексту РОМС), М. 22.307.

45 J. Thim, III, 251.

46 РОМС, М 10.155.

47 S. Werni, *Die Wojwodina 1848 1860 als nationales und staatsrechtliches Pro blem*, Wien 1981, 49–50.

Угарска уставност била је, дакле, начелно призната, али овим наредбама битно ограничена. Иако је наговештена могућност оснивања Војводине, очување Војне границе довело је озбиљно у питање српске наде. Стога је октроисани *Устав* за Србе представљао тешко разочарање. *Вестник*, званични орган српске власти, оценио је *Устав* као „смерајући на уништење наше аутономије, нашег народног јединства и нашег самосталног живота... ако смо се до сада борили против мађаризације, сад се морамо борити против германизације“.[48]

У току Четрдесетосме двор је изградио политику супротстављања интересâ појединих народа и политичких струја, покушавајући да тако умири њихове покрете. После освајања Пеште у марту 1849. године уведена је војна управа и Угарска је подељена на седам војних дистриката.[49] Мађарским поразом Срби су за Беч изгубили сваки значај и постали „незгодан баласт“.[50] Дотле пасивна према српској власти у Војводини, коју је трпела док су јој Срби били од користи, аустријска влада је сада почела активно да ради на њеном елиминисању и уништењу, почев од централних органа патријарха и Главног одбора, па до локалних, месних.[51] У лето 1849. године престала је да постоји српска организација власти у Војводини.

Иако непризната и оспоравана, не само политичким, него и оружаним средствима, Српска Војводовина или Војводовина Србија постојала је 1848, па донекле и почетком 1849. године као самостална јединица с потпуном, иако, разумљиво, недовољно развијеном организацијом власти. Ова власт није спроведена ни на целој територији која је у документима покрета означена као Војводина и коју је српски народ сматрао за Војводину. Оно што је већ дуго живело у политичкој свести српског народа добило је тако макар само фактично и краткотрајно остварење. У потоњем времену политичка борба Срба у Јужној Угарској за своја национална права и равноправност имала је у постојању Српске Војводовине 1848. године чврсто упориште, а истовремено и стално присутни циљ борбе.

5. ВОЈВОДСТВО СРБИЈА И ТАМИШКИ БАНАТ

Војна управа трајала је у Војводини до краја октобра 1849. године. Одмах после освајања Угарске аустријски Министарски савет почео је да разматра организовање управе у Војводини и на-

48 „Наше одбране (поводом устава)“, *Вестник*, 10. март 1849. године.

49 J. Thim III, бр. 739, 781; Д. Павловић, *Србија и српски покрет у Јужној Угарској 1848. и 1849. године*, Београд 1904, 150 151; S. Werni, 50 51.

50 Д. Павловић, 138.

51 J. Thim, III, 864; *Дјејанија* II, бр. 453, 496.

кон дужих саветовања у којима су учествовали и српски представници, Министарски савет је поднео цару предлог о организовању Војводства Србије и Тамишког Баната, где се истицала „истрајна храброст и оданост Срба, са којом су поднели ужасне последице разорног грађанског рата“.[52]

Ослањајући се на *Патент* од 15. децембра 1848. и члан 72 *Устава* од 4. марта 1849. године, цар је прогласио оснивање Војводства Србије и Тамишког Баната, у које су ушле следеће области: дотадашње жупаније Бачко-бодрошка, Торонталска, Тамишка и Крашовска (Банат и Бачка) и Румски и Илочки срез. Док се не одлучи коначно о будућем положају ових подручја у држави или њиховом сједињењу с неком другом круновином уставним путем, образује се посебна управна област, чија је администрација независна од угарске и управљана од стране земаљских власти подређених непосредно царском министарству. Цар задржава право да заступање ових земаља и учешће њихових становника у царском представничком телу провизорно уреди аналогно уређењу других круновина, на темељу одредаба Устава нарочитом одлуком. Ради признања српској нацији, а на основу цару изложених жеља, да би се одала почаст њиховим народним и историјским традицијама, цар додаје својој царској титули и титулу „велики војвода Војводства Србије“. Управитељ области Војводства добиће титулу подвојводе.[53]

Војводство је обухватало територије које су само делимично биле насељене српским становништвом. Ниједан део Војне границе, која је најгушће била насељена српским живљем, није ушао у Војводство Србију и Тамишки Банат. Границе Војводства биле су тако повучене да су етнички односи у њему били неповољни за Србе. Према попису становништва из 1850/51. године у Војводству Србији и Тамишком Банату био је укупно 1.426.221 становник, а од тога: 397.459 Румуна, 335.080 Немаца, 321.110 Срба, 221.845 Мађара, затим Буњевци, Шокци, Словаци, Чеси, Бугари, Јевреји, Цигани, Русини, Грци и Цинцари.[54]

С обзиром на овакву националну структуру, оправдано је мишљење Ј. Швикера да је Војводство било српско само по имену. За његово административно и политичко седиште није одређен Нови Сад, чије је становништво било већином српско, него Темишвар, где су Срби били у мањини. Овакво Војводство Аустрија је формирала са намером да се у првом реду казне Мађари због подигнутог устан-

[52] S. Werni, 51; A. Stojacskovics, *Über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Serben in der Wojwodina*, Temesvar 1860, 36.

[53] *Ibid.*

[54] *Tafeln der Statistik der Österreichischen Monarchie, Neue Folge*, 1 Band, Wien 1856.

ка против Хабзбурга и покушаја отцепљења од Аустрије, тако што ће се нарушити интегритет Угарске. С друге стране, Срби су привидно награђени тиме што су добили посебну област. Стога је Светозар Милетић резигнирано закључио да су Срби награђени за своју верност оним чиме су Мађари кажњени за своју непослушност: најпре је уведено ванредно стање, а потом апсолутизам.

Проглашење оваквог Војводства није задовољило српска очекивања ни у погледу територије коју је обухватало, ни у погледу његове организације, јер Војводство није било ни аутономно, ни српско. Срби нису добили свог војводу, већ је титулу „великог војводе Војводства Србије“ задржао цар, а на чело управе постављен је подвојвода, којег није бирао српски народ, него именовао владар. Привремени управитељ постао је генерал Ф. Мајерхофер. Ранија управна подела на жупаније укинута је, а Војводство је подељено на два округа: Бачко-торонталски и Темишварско-крашовски. На њиховом челу налазили су се велики жупани, који су управљали уз помоћ владиних комесара и поджупана. Званични језик био је немачки, иако су грађани у саобраћању с властима могли користити и друге језике.[55]

Војна граница остала је ван оквира Војводства Србије и Тамишког Баната, али су и у њој извршене административне реформе. После угушења мађарског покрета, Граница је остала до 31. децембра 1849. године под управом хрватског бана Јелачића. Тада је на предлог војних власти основана Банатско-српска земаљска војничка управа, у коју су ушле Петроварадинска регимента, три банатске регименте и војни комунитети. На челу те области налазио се фелдмаршал-лајтнант Јохан Коронини.[56]

Постојање Војводства Србије и Тамишког Баната поклапа се готово у целости са временом тзв. Баховог апсолутизма (1851 1860).[57] Октроисани *Устав* није био дуго на снази. Већ 1850. почео је процес његовог укидања, завршен у децембру 1851. године, када је Хабзбуршка монархија постала „тотално унитарна држава“, са круто централистичким, јединственим управним системом, на челу са немачким функционерима подређеним непосредно Бечу.[58]

---

[55] *Врховно жупанство Исидора Николића Србоградског над Бачком, Торонталом и Вршачким окружјем*, Ср. Карловци 1911, 35; В. Крестић, „Срби у Војводини за време Бахова апсолутизма (1849 1860)“, *Зборник Матице српске за историју* 13/1976, 56; Д. Ј. Поповић, III, 306.

[56] В. Крестић, 56.

[57] Период апсолутизма се овако назива по тадашњем министру унутрашњих послова Александру Баху.

[58] A. J. R. Taylor, 107 111; E. Hellbling, *Österreichische Verfassungs und Verwaltungsgeschichte,* Wien 1956, 353.

У току овог процеса гашења устава било је расправљано и о статусу Војводства Србије и Тамишког Баната, јер је питање његовог положаја и уређења било отворено.[59] Тако је већ августа месеца 1851. године дошло до промена у организацији Војводства. Промењено је административно-територијално устројство, а судство је уређено по узору на аустријске судове. Целокупна организација Војводства Србије и Тамишког Баната била је подређена непосредно Министарству унутрашњих послова у Бечу.[60]

Време Баховог апсолутизма обележено је настојањем да се изврши реорганизација управе која би била прилагођена новим друштвеним и економским условима, насталим после револуционарне промене 1848. године и укидања феудализма, у управи, судству и законодавству, као и у другим областима друштвеног живота. То је било доба превазилажења феудалних институција и увођења нових, грађанских. На целу државну територију проширено је важење аустријског *Општег грађанског законика* од 1811. године, *Казненог законика* и *Законика о грађанском судском поступку*. Измењен је и порески систем, на основи грађанске једнакости и једнаких обавеза за све слојеве друштва. И привредни живот је регулисан низом закона и уредаба. Реформа извршена овим уредбама, насталим на темељу развијенијих привредних односа у западним аустријским земљама, погодила је аграрно становништво Војводине и допринела његовом раслојавању. Трпели су и трговина и занатство, који су до тада били прилагођени феудалним друштвеним и правним приликама. Прелаз из феудализма у грађанске државне и правне оквире изазвао је потресе у српском грађанству у Војводини. Тежини стања допринели су и велики фискални терети новог, разгранатог апсолутистичког апарата власти.[61]

Иако централистички и апсолутистички управљано, са немачким језиком као званичним, Војводство је ипак пружало веће могућности Србима да добију чиновничка звања, него што је то било у ранијем уређењу. Иако им и даље нису била доступна виша места у државној управи, број Срба који су постали чиновници био је неколико пута већи него раније. То је довело и до извесних промена у друштвеној структури, до увећања слоја српске бирократије и интелигенције.[62]

У условима апсолутизма, централизације и интензивне германизације, политички живот је био потпуно замро, јер је репресивни режим „Бахових хусара“ онемогућавао политичку активност

[59] S. Werni, 61 63.

[60] В. Крестић, 57; Д. Ј. Поповић, III, 306.

[61] В. Крестић, 59.

[62] *Врховно жупанство Исидора Николића*, 35.

и развој националних институција, било какве врсте. Крајем шесте деценије XIX века апсолутизам у Хабзбуршкој монархији постајао је све тежи и незадовољство постојећим стањем све веће. У готово свим областима Монархије испољавало се на различите начине нерасположење према режиму. У Војводини се код српског грађанства јављају мишљења да би се апсолутизму и германизацији требало супротставити сагласно с Мађарима и у политичком савезу и сарадњи са њима.[63]

У таквим приликама и под притиском неких спољнополитичких околности, двор се одлучио на извесне уступке: 1859. године укинут је немачки језик у гимназији, а 1860. године су странке на територији Војводства стекле право да се код свих судских инстанци служе својим језиком.[64] И поред тога, незадовољство народа није јењавало. Још узаврелија политичка ситуација била је у Угарској. Да би спречио избијање нових револуционарних, сепаратистичких догађаја у Мађарској, цар Фрања Јосиф се одлучио на преуређење Монархије у правцу извесне децентрализације, што је извршено *Октобарском дипломом* (20. октобра 1860. године) која је требало да буде нови темељни закон царевине, али је већ *Фебруарским патентом* 1861. године у суштини рестаурисан централизам.[65]

У склопу уступака Угарској, значајно место имало је питање Војводине. Настојећи да оствари свој територијални интегритет Угарска је била одлучно против постојања било какве Војводине. Одлука о њеном укидању била је донесена у ствари већ у лето 1860. године.[66] Пошто је Србима гарантован верски, национални и језички развитак *у складу са њиховим привилегијама*, објављено је 27. децембра 1860. године царско ручно писмо о укидању Војводства Србије и Тамишког Баната и његовом присаједињењу Угарској, с изузетком Румског и Илочког среза, који су припојени Хрватској.[67]

Иако Војводство није ни у чему испунило очекивања српског народа, ипак је његово укидање болно одјекнуло у Војводини. Српска јавност била је тако узнемирена, да су се власти плашиле оружане побуне. Јануара 1861. године објавио је Светозар Милетић свој чувени *Туциндански чланак*, који ће добити карактер и значај политичког програма војвођанских Срба у времену које је следило. Поводом

[63] В. Крестић, 61 64.

[64] В. Крестић, 65.

[65] A. J. P. Taylor, 125 127; E. Hellbling, 358; L. Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Wien 1957, 13.

[66] М. Костић, „Већања у Бечкој влади о постулатима Благовештенског сабора за обнову Српске Војводине“, *ЛИЧ* 12 13/1963, 242.

[67] J. Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа Србског у Сремским Карловцима 1861,* Нови Сад 1861, 242 243.

укидања Војводства Србије и Тамишког Баната, Милетић указује на потребу борбе за једну другачију Војводину, другачијим средствима: „Војводство ће пак, у преображеном виду, ма и без имена тога, зацело васкрснути.

Шта смо ми од Аустрије захтевали?

Ништа друго, него да нам начин дâ, да се са угарском краљевином   или ако хоћете   са мађарским народом путем нашег конгреса или народне скупштине о условима нашег народног бића погађати можемо.

Место тога предани смо угарском сабору на милост и немилост“.

Даље Милетић закључује да Мађарска може опстати само као федеративно уређена држава, са политичком супрематијом мађарског народа. На бази уставности и поштовања националних права, Срби су спремни да сарађују са Мађарима.[68] Милетићев чланак обележио је преокрет у српској политици, који се састојао у раскиду веза са Бечом и преношењу борбе на уставно поље, у оквиру уставности и државног права Угарске, како би се заједно са демократским снагама Угарске и других народности формирао фронт против бечког централизма и германизаторских претензија.[69]

6. ОД БЛАГОВЕШТЕНСКОГ САБОРА (1861) И АУСТРО УГАРСКЕ НАГОДБЕ (1867) ДО 1918. ГОДИНЕ

6.1. Благовештенски сабор и његове одлуке

Почетак нове етапе у политичком животу Срба у Угарској означио је Благовештенски сабор 1861, трећи и последњи политички сабор српског народа у Угарској, „последњи парламент овостраног српства“. Да би умирио српско незадовољство због укидања Војводства Србије и Тамишког Баната, цар је наложио патријарху Рајачићу да са 20 угледних Срба дође у Беч да изнесе предлоге о очувању привилегија, српске народности и језика. Како је српска јавност одлучно захтевала одржавање политичког сабора, патријарх се није одазвао овом позиву, те је цар био приморан да допусти да се у Сремским Карловцима одржи сабор расправно-политичког карактера, што је значило и посредно признавање Срба као народа. Са-

[68] С. Милетић, „На Туцин-дан, 1860“, *Изабрани чланци* (прир. Мирослав Јерков), Нови Сад 1939, 25.

[69] Г. Гершић, *Др Светозар Милетић, Успомене и рефлексије о његовом жи воту и раду*, Београд 1902, 29; В. Крестић, „Срби у Хабсбуршкој монархији 1849 1868“, *Историја српског народа*, књ. V 2, Београд 1981, 157.

бор се састао у Карловцима 2. априла 1861. године, на Благовести, па се обично назива Благовештенски.[70] Сабор је 20. априла усвојио закључке, у којима су формулисана нужна јемства за опстанак и развој српског народа у Монархији.

У уводу су истакнути основни елементи: посебна територија, организована на националној основи и аутономија. Аутономна српска територија под називом Војводина српска обухватала би провинцијални и граничарски Срем, доњу Бачку са Шајкашком, Банат са Војном границом. На тој територији постојала би самостална политичка српска народна организација, на челу са изабраним војводом и војводским саветом. Избор војводе потврђивао би краљ. Војвода је председник обласне скупштине, у чију надлежност би спадало доношење уредаба и обнародовање земаљских закона, контрола над политичком управом, прикупљање пореза, доношење буџета и репатрирање регрута. За опште законодавство обласна скупштина делегира представнике у угарски сабор. Угарско законодавство важило би у бачком и банатском делу Војводине, а хрватско у Срему. Званични језик био би српски, а званично писмо ћирилица.

У области правосуђа постојали би првостепени судови са једним апелационим судом, а у погледу највише судске инстанце, Банат и Бачка потпадаће под угарски врховни суд, а Срем под хрватски. При врховним управним и судским властима били би постављени Срби референти, са правом гласа и потребним бројем особља, а исто тако, код надлештава у Војводини поставиће се сразмеран број чиновника других народности. У погледу цркве, школа и народних фондова, они ће очувати потпуну аутономију под надзором врховних власти, а орган ове аутономије био би народни конгрес, састављен од представника Срба из Војводине, Угарске и Троједнице. Одредбе усвојене на овом сабору морају се узаконити на угарском и хрватском сабору и не могу се мењати нити укинути без сагласности српског народа.[71]

То су били услови под којима је српски народ пристајао на присаједињење Војводства Србије и Тамишког Баната Угарској, а у циљу очувања своје народности и језика, што је гарантовано српским привилегијама.

Иако је цар обећао да ће испунити захтеве које је сабор формулисао, до тога није дошло. Српски ставови добро су дошли двору као средство у борби против Мађара. Закључци Благовештенског сабора наишли су на једнодушно противљење свих фактора у Угарској.

---

[70] *Аутобиографија дра Јована Суботића* III, Нови Сад 1901, 134; Ј. Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа србског у Сремским Карловцима 1861*, Нови Сад 1861.

[71] Д. Кириловић, *Српски народни сабори*, Нови Сад 1937, 13 14.

Иако нису испуњени, захтеви постављени на Благовештенском сабору имали су изузетан значај за даљи политички развој Срба у Угарској и остали до краја темељ њиховог политичког програма.[72] На овом сабору је Светозар Милетић истакао мишљење које је формулисао још у току покрета 1848 1849. године у свом уставном нацрту, а сада срочио сажето: „Ми смо и Срби и грађани“.[73]

Благовештенски сабор представљао је обрт у политичком животу Срба и по томе што је извео на политичку сцену једну нову генерацију политичара, израслу у измењеним друштвеним и економским приликама грађанског друштва. Као што су народно-црквене привилегије биле углавном напуштене као правни основ српских захтева, јер су потекле из другог времена и другачијих правних схватања и државних институција, тако је и црквена јерархија којој су оне донеле највиши положај у српском друштву почела да губи водећу улогу.

6.2. Према Аустро-угарској нагодби

Нада српског политичког вођства да ће мађарски политичари променити своје ставове, поучени последицама своје искључиве националне политике у току 1848 1849. године, није дуго опстала. У мађарским политичким круговима и јавности владало је једнодушно уверење о суприматији Мађара и постојању једне политичке нације мађарске.[74] О томе је постојала општа сагласност, од крајње левице до крајње деснице. Ови ставови заснивали су се на двема идејама: интегритету земаља круне св. Стефана, са Мађарима као јединим владајућом нацијом и на замисли да Мађарска на истоку има важну политичку и цивилизаторску улогу. У светлу тих основних начела и појам слободе грађана значио је само грађанске слободе, али не и националне.

Срби су одлучно осуђивали ове мађарске политичке доктрине. У чланку „Политички народ и народност“ пише Светозар Милетић: „Политичког народа нема уопште; то је апсурдум. Појам једног политичког народа не да се оправдати не само у Угарској него нигди уопште. ‘Политички народ’ то је фикција појединих народа, који за хегемонијом над осталим народима теже, као и за тим, да их временом у своју народност преобразе. ...Свакако стоји: да ‘политичке народности и народи’ нема уопште, да се Мађари не могу назива-

[72] Н. Петровић, *Светозар Милетић и Народна странка, Грађа 1860 1885*, I II, Сремски Карловци 1968, I, 105 109.

[73] С. Милетић, „Војводовина према целокупној Аустрији“, *Сабрани списи* I, Београд 1999, 139 150.

[74] П. Рокаи, З. Ђере, Т. Пал, А. Касаш, *Историја Мађара*, Клио, 2002, 421 422; A. J. P. Taylor, 36, 67.

ти народом, а немађари пак народностима, и напослетку да Србин сачињава саставни део српскога народа ма где и у којој држави био“.[75] Милетић сматра да не може постојати индивидуална слобода, појединца, грађанина, без слободе колективитета, народа. Постоје две темељне идеје, на којима почива савремена Европа: „Те су две идеје: слобода и народност, начело правне једнакости људи, и правне једнакости народа“.[76]

Развој политичких прилика у Монархији указивао је на неминовност њене реорганизације. Ближила се нагодба, споразум владајућих нација, Немаца и Мађара, подела власти над словенским народима у оба дела државе, јер, по речима потоњег дугогодишњег аустроугарског министра иностраних послова Ђуле Андрашија „Славени нису подобни да владају, њима се мора владати“.[77] После аустријског пораза у рату с Пруском, у предвечерје Нагодбе, када је већ било сасвим извесно да ће до ње доћи, Светозар Милетић је разматрао даљи развој догађаја и могућности које стоје пред државом, начин на који би се она могла преобразити. Могућности су тројаке: централистичко, дуалистичко или федералистичко уређење. Праву будућност има само федерални дуализам, тј. такво устројство царевине које би се састојало од јединица уређених на основи народног, а не државног федерализма, који би обезбеђивао аутономна права свим народностима, реорганизацију жупанија према припадности већине становништва. Народи морају имати и „меродавни уплив на законодавство, финансијску систему и контролу, и на управу средством одговорности владе“.[78]

6.3. Време дуализма

Тежак пораз немађарских народа у Угарској после Нагодбе било је доношење *Закона о народностима* 1868. године. Група од 24 посланика народности, међу којима је био и Светозар Милетић, поднела је 11. фебруара 1867. године *Законски предлог романско-српски за утврђење и осигурање народности у Угарској*. У саборској дебати Милетић је потанко образложио овај предлог. У њему се захтева: 1) признање разних народности у Угарској; 2) да се званични језик у једној муниципији одређује према већини народа који у њој живи; 3) да се мешовите муниципије према географским, етнографским и

[75] С. Милетић, „Политични народ и народност“, *Сабрани списи* II/1, Београд 1999, 234, 236.

[76] С. Милетић, „Поглед на општи положај у Европи“, *Сабрани списи* II/2, 96.

[77] A. J. P. Taylor, 161; L. Adamovich, 15 20.

[78] С. Милетић, „Мисли о народностима“, *Сабрани списи* II/1, 72; исти, „Федерални дуализам“, *Сабрани списи* II/1, 174–179.

административним могућностима заокруже. Давањем права народима путем заокруживања жупанија, „национализовања жупанија“, спречило би се управо оно чега се Мађари плаше: тежња народа за припајањем деловима свог народа изван државе. Свим народима треба осигурати народност на политичком пољу, па ће то допринети стабилности Угарске. Свака нација била би сразмерно заступљена у парламенту, као и у локалним органима извршне и судске власти. Држава би подједнако помагала просветне и културне установе свих народности. Предлог је у сабору добио само 24 гласа.[79] *Закон о народностима (Законски чланак XIV)* садржао је само одредбе о употреби језика мањинских народа у локалној управи и школама. Овим законом је дефинитивно уобличена и усвојена догма о једној, недељивој, у политичком смислу јединственој мађарској нацији, а употреба матерњег језика у јавним пословима ограничена је. Питање народности регулисано је само као културно и језичко, а не и државноправно. Био је то „изврстан закон, само што се у пракси није примењивао ни у једној тачки“.[80]

Пре Закона о народностима донет је један пропис који је уређивао положај Срба, односно садржину њихове црквено-школске аутономије: *Уредба о уређењу црквених, школских и фундационалних дела грчко-источне српске митрополије*. Уредба се темељила на угарском *Законском чланку IX од 1868*, којим је призната самоуправа цркве, школе и фондова православних Срба, Румуна и Грка у Угарској. Право на црквено-школску аутономију сада је Србима признато угарским законом, донетим са позивом на прописе из 1848. године (параграф 8 угарског *Законског чланка XX од 1848*), а не на основу царских привилегија.[81]

После увођења дуализма и поделе власти над словенским народима између Немаца и Мађара, Милетић је са својим присталицама започео оштру и бескомпромисну опозициону борбу. У томе је имао подршку народа, али и противнике међу клерикалцима и конзервативцима. У следећем периоду Светозар Милетић је био несумњиво најистакнутија личност у српском политичком животу. Милетићеву улогу у историји српског народа и његовог политичкг живота, његов савременик, следбеник и сарадник Гига Гершић оценио је овако: „Ко, дакле, хоће да оцрта и карактерише живот и рад тога човека, тај

[79] *Беседа дра Светозара Милетића земаљског заступника говорена 14. но вембра 1868. на угарском сабору у питању народности*, У Новоме Саду 1868, 45; В. Стајић, *Светозар Милетић*, Београд б. г, 82; В. Крестић, „Срби у Хабзбуршкој монархији“, 160; H. Haselsteiner, *Die Serben und der Ausgleich*, Wien Köln Graz 1967, 107 109.

[80] A. J. P. Taylor, 169.

[81] Д. Кириловић, 37 38; В. Крестић, „Срби у Хабсбуршкој монархији“, 161 165.

управо има задатак да пропрати и пређе целу политички-друштвену историју прекосавског Српства, па донекле и целога Српства, кроз скоро пуних четрдесет година.“[82]

Национални покрет који је Милетић основао конституисао се у политичку странку, Српску народну слободоумну странку, 1869. године у Бечкереку, када је странка донела и свој програм. Његова садржина се заснивала на одлукама Благовештенског сабора, а странка се залагала за начело равноправности и аутономије свих народа у Угарској, а против Аустроугарске нагодбе.[83]

6.4. Борба за Војну границу

Одмах после Аустроугарске нагодбе 1867. године отворило се питање припадности Војне границе и почело „мађарско-аустријско отимање за Крајину“.[84] У условима дуалистичког уређења државе, Војна граница је нарочито добила на значају, поготову у војним круговима. Одржање Границе је обезбеђивало јемство Аустрији против претераног мађарског јачања. С друге стране, Мађари су се борили за укидање Границе, гледајући у њеном одржању опасност од оснивања треће групе земаља у Монархији, чије би језгро била Граница. Угарска депутација је већ у фебруару 1868. године основала Комисију за Крајину, чији је закључак, предочен влади, био да Крајина више не одговара захтевима времена.[85]

У четворогодишњој борби за Границу (1867 1871) угарска влада постигла је 8. јуна 1871. године први целовит споразум са Бечом, по којем је Аустрија препустила Границу Угарској у државноправном погледу и пристала на развојачење.[86] Процес развојачења почео је одлукама које су предвиђале низ прелазних установа. Хрватско-славонска граница, заједно са комунитетима Земуном, Карловцима и Петроварадином, потчињена је Генералној команди у Загребу, а три банатске регименте са Шајкашким батаљоном и комунитетима Панчевом и Белом Црквом војној команди са седиштем у Темишвару. Остала је подела на регименте, а целокупну политичку и санитарну управу имале су две команде. Комунитети су добили статус вароши

[82] В. Крестић, „Срби у Хабзбуршкој монархији 1848–1868“, *Историја српског народа*, књ. V 2, Београд 1981, 134; Г. Гершић, *† Др. Светозар Милетић, Успомене и рефлексије о његову животу и раду*, У Београду 1902, 7.

[83] А. Раденић, „Срби у Хабзбуршкој монархији 1868–1878“, *Историја српског народа*, књ V 2, 168 169.

[84] M. Valentić, „Borba hrvatskih političkih krugova za razvojačenje Vojne krajine i njeno sjedinjenje s Hrvatskom“, *Vojna krajina, Povijesni pregled Historiografija Rasprave*, Zagreb 1984, 365.

[85] M. Valentić, 371.

[86] M. Valentić, 277.

и у погледу административног уређења изједначени са слободним краљевским градовима у Угарској.

Српски народни посланици, у настојању да се сачува српски карактер Границе, предлагали су да се од развојачених делова Границе формирају посебне области.[87] Милетић је о Граници писао да је „... граничарско питање поглавито 'српско питање', и да се при решењу истога право и интереси српског народа у обзир узети и уважити морају, како од стране Круне, тако и од стране Сабора".[88] Међутим, већина у угарском сабору одбацила је српске предлоге, те је 1873. године *Законским чланком XXVII* Војна граница провинцијализована и извршено њено припајање угарским жупанијама.[89]

Уместо бечког централизма, после Нагодбе је дошао пештански, а поред аустријског, на позорницу је ступио и мађарски империјализам.[90] Започео је процес интензивног помађаривања, који је требало да Угарску претвори у државу мађарског народа, не само у политичком, него и у етничком погледу.[91]

7. ЗАКЉУЧАК

Готово до краја политичког живота српског народа у Јужној Угарској у склопу Хабзбуршке монархије, Срби су своје захтеве за националну равноправност и политичко-територијалну аутономију заснивали на царским привилегијама. Било би неоправдано приписати истицање привилегија као правног темеља конзервативности српског политичког вођства и народа и њиховој оданости бечком двору и његовој политици. Српски народ се уверио веома рано у неискреност бечке политике привилегијална права нису од самог почетка поштована, сужавана су и ограничавана. У захтевима за поштовање народних и црквених права рано су се јавила и друга начела. Већ на сабору 1744. године народ моли да се убудуће одлуке у погледу привилегија не доносе пре него што буду „од стране народа, како то одређују грађанска права, па и природна праведност" поднесене и размотрене представке.[92]

87 А. Раденић, 201.

88 С. Милетић, „Крајина на српском народном сабору", *Застава*, бр. 113, 24. септембра 1869. године.

89 J. Савковић, 87 91.

90 В. Стајић, *Светозар Милетић*, Београд б. г, 83.

91 Д. Кириловић, *Помађаривање у бившој Угарској*, Нови Сад 1935; Д. J. Поповић, *Војводина*, *Проблеми Војводине* I, Београд 1925, 15 17; P. Renouvin, *Evrop ska kriza i Prvi svjetski rat*, Zagreb 1965, 86 87.

92 J. Савковић, „Борба Срба Војвођана за своју територијалну и политич ку самосталност", *Зборник Матице српске*, Серија друштвених наука, 3, Нови Сад 1952, 25; J. X. Швикер, 82.

У одлукама Мајске скупштине и многим другим документима из тога времена су као основ политичких захтева поред привилегија наглашено истицана природна права грађана и народа. Међутим, у држави каква је била Хабзбуршка монархија, у којој начело легитимитета као њен темељ није суштински било напуштено све до њеног коначног слома 1918. године, сваки политички захтев упућен владајућим факторима је морао почивати на неком легитимном, правном основу, на неким историјским правима.

У време када су у Европи завладала другачија начела и српски политички кругови су своје политичке програме темељили на другачијим основима. Међутим, политика споразума са мађарским владајућим круговима, која је полазила од грађанске једнакости и равноправности доживела је потпун пораз. У Угарској није било никаквог разумевања за захтеве за равноправност народâ. Мада је у крилу српског народа већ одавно био формиран један слој који је не само у социјалном и економском, него и у културном и политичком погледу представљао грађанство, он у својој политичкој борби за национална права није могао да истиче савремена начела и аргументе европског грађанства, него само стара привилегијална права, која нису могла бити сасвим занемарена и одбачена, ма колико постала уска и недостатна.

Када је бечки двор, после револуције 1848. године, био приморан да октроисаним *Уставом* формално укине феудалне односе и прогласи грађанску једнакост, истакао је у оним члановима који су се односили на Војводину и на положај српског народа царске привилегије, као правни темељ одговарајућих одредаба, а не револуционарне грађанске принципе једнакости грађана и народâ, које је *Устав* формално прокламовао. Тако су привилегије српском народу и његовим политичким вођама у ствари биле наметнуте као једини легитимни темељ и једини правни основ на који су могли да се позову.

Када се данас у политичким изјавама помиње Војводина и њена наводна аутономија за време аустроугарске владавине, мисли се обично на Војводство Србију и Тамишки Банат, што се може закључити из навођења, најчешће сасвим приближних, година његовог постојања. Пошто је ова творевина имала само карактер административно-територијалне јединице, без икакве самоуправе, не може бити ни речи о његовој аутономији. За све време трајања Хабзбуршке монархије, односно Аустроугарске, Војводина је представљала само политички програм, само неостварену жељу српског народа да се у држави постигне равноправност њених бројних народа, која би била зајемчена постојањем територијалне аутономије, чиме би се очувало оно што је, као што је већ поменуто, Милетић означио као „биће политично српског народа с ове стране“. Краткотрајно остварење тога

програма представљала је Српска Војводовина 1848 1849. године, на територији која је била много мања него што је Мајска скупштина прогласила и која се сматрала за области где је српски народ чинио већину становништва. Никада призната, оспоравана и од стране двора и од стране нових мађарских власти, које су настојале да је угуше крвавим ратом, Српска Војводовина је била само покушај да се оствари политички циљ аутономија српског народа у склопу државе у којој је био, нарочито у другој половини XIX века угрожен и сам његов опстанак као народа.

Конституисање Војводине, као области са територијалном аутономијом започето је током Другог светског рата, а Скупштина изасланика народа Војводине у Новом Саду 30. и 31. јула 1945. године одлучила је да се Војводина прикључи федералној Србији. Одлука је потврђена на Трећем заседању АВНОЈ-а 10. августа 1945. године.[93] Конституисање Војводине као аутономне покрајине завршено је доношењем Закона о установљењу и устројењу Аутономне покрајине Војводине, 1. септембра 1945. године.[94]

Dr. Ljubomirka Krkljuš

Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

THE AUTONOMY OF VOJVODINA BEFORE 1918

Summary

The main purpose of this article is to review the historical legal position of Serbs in South Hungary, in order to examine whether autonomious Vojvodina existed during the existence of the Habsburg Monarchy or not. Immediately after the Great Migration (1690), as a consequence of the Battle of Vienna, and later in several instances, Serbs required a specified territory from the Monarchy to ensure their national survival, endangered by the Turks due to their pro-Austrian actions during the Siege of Vienna. Still, these requests were not accepted. The status of Serbs was regulated by means of the imperial privileges, which gave them personal

[93] Б. Петрановић, М. Зечевић. *Југославија 1918/1984, Збирка докумената*, Бе оград 1985, 624; Ч. Попов, Ј. Попов, *Аутономија Војводине, Српско питање*, Срем ски Карловци 1993, 50;

[94] Б. Петрановић, М. Зечевић, *Југословенски федерализам, Идеје и ствар ност,* 1 2, Просвета, Београд 1987, 2, 167 169.

autonomy. They were considered as representatives of Orthodox faith and Serbian nation. Privileges were gradually limited, and in the end reduced to the ecclesiastical and educational issues. In consequence, the Serbian *Vojvodovina* (Dukedom) was proclaimed during the May Assembly in 1848. Several months later the Serbian organization of administration was carried out in the part of the territory proclaimed to be *Vojvodina*, though it was not recognized by the Monarch.

After crushing the Hungarian revolution, the Emperor, in order to curtail the territorial integrity of Hungary, proclaimed the foundation of the Dukedom of Serbia and the Timis Banat. It was an administrative-territorial unit within the centralized absolute Monarchy. There was no self-governance, and Serbian population was considered as minority. The Dukedom was abolished in 1860. During the ecclesiastical-national assembly in 1861 (Annunciation Assembly), the request was formulated for the establishment of Vojvodina as an autonomous territory. This request was refused again, while the conclusions of Annunciation Assembly remained the basic political programme of Serbs in Austro-Hungarian Monarchy, which was never realized. Therefore, the author concludes that Vojvodina did not exist as a region with territorial autonomy during the Habsburg rule. At that time it represented only a political idea, a political programme of the Serbs in South Hungary.

Key words: *Concept and Name of Vojvodina.– Serbian Privileges. Serbian Movement 1848–1849. Dukedom of Serbia and Timis Banat.– 1848 (Annunciation) Assembly.*

УДК 347.73

Др Дејан Поповић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
dejan.popovic@serbianembassy.org.uk

Мр Светислав В. Костић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
skostic@ius.bg.ac.rs

(ЗЛО)УПОТРЕБА СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА ИЗБЕГАВАЊЕ ПОРЕЗА У СРБИЈИ

Аутори овог рада теже да прикажу основне пореске разлоге који стоје иза употребе страних правних лица за усмеравање улагања српских пореских резидената   физичких лица, како у Србију, тако и у друге државе, при чему се посебна пажња поклања облицима пореског планирања кроз употребу стра них правних лица и последицама, односно могућим пореским уштедама које се постижу на овај начин. Аутори затим указују на постојеће одредбе српског законодавства, чија би примена могла да у великој мери спута пореску евазију кроз употребу страних привредних друштава од стране српских пореских рези дената и анализирају поступак и последице те примене како на закониту, али нелегитимну, тако и на незакониту пореску евазију. На са̂мом крају, аутори примећују да постојећа решења, иако би могла да буду веома делотворна у бор би против штетних последица наведеног облика пореске евазије, нису довољна и да би их било потребно допунити на основу искустава из упоредних пореско правних система (CFC законодавство).

Кључне речи: *Страно правно лице. Резидент. Нерезидент. Пореска евазија. Место стварне управе и контроле.*

УВОД

У последње време у нашој јавности се све више пажње придаје питању злоупотребе страних правних лица од стране српских држав-

љана, односно пореских резидената, за потребе избегавања плаћања пореза у Србији. Мора се приметити да је расправа на ову тему показала да у Србији постоји изражен недостатак познавања пореских прописа у наведеној области, као и да се среће суштинско неразумевање *механике* избегавања српског пореза кроз употребу страних правних лица од стране домаћих пореских резидената и начина борбе против ове појаве. Расправа је такође допринела препознавању других, непореских разлога, који могу стајати иза одлуке српског пореског резидента – физичког лица да своја улагања у Србију, али и у друге државе, усмери преко правног лица које оснива ван земље. Ово питање, међутим, излази из оквира „дневне проблематике" једне транзиционе државе каква је Србија и показује се да је од много општијег значаја – пре свега, у светлу неких од основних принципа науке пореског права. Начелно, свака држава настоји да опорезује инострани доходак својих резидената тек по репатријацији, што опцију задржавања прихода изван земље резидентства, из разлога које ћемо даље објаснити, чини врло привлачном. Често се ова опција реализује преко компаније коју физичко лице – резидент одређене државе оснива у јурисдикцији у којој су порези на доходак изузетно ниски, компаније чији разлози постојања уопште нису комерцијални, већ искључиво евазиони. Ослањајући се и на „класичне" инструменте за супротстављање избегавању плаћања пореза (у националном законодавству и судској пракси и у уговорима о избегавању двоструког опорезивања[1]), пореско право се отуда суочило с изазовом како да помири принцип да се инострани доходак резидената опорезује тек по репатријацији са проценом да се не сме дозволити да неко избегне порез у земљи свога резидентства тако што ће прибавити „јефтин и лако прибављив лист папира (извод из регистра компанија)".[2] Тако је настао концепт *Controlled Foreign Company* (скраћено: CFC) законодавства,[3] заснован на идеји да би се субјективно пореско право државе резидентства, под одређеним условима, могло проширити и ван њених граница на неке нерепатриране приходе (од инвестиција, али не и на зарађене приходе).

Имајући све ово у виду, сматрали смо да је поменуто питање потребно подврћи порескоправној и порескополитичкој анализи, као и анализи с аспекта пореског менаџмента, како би се указало на могућа решења.

---

1 Упор. R. J. Vann, „International Aspects of Income Tax", *Tax Law Design and Drafting*, Vol. II (ed. V. Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1998, 779 801.

2 T. Rixen, *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2008, 78.

3 Вид. ниже, одељак 7.

1. ОСВРТ НА ОСНОВЕ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА У СРБИЈИ И ПОТРАГА ЗА УЗРОЦИМА УПОТРЕБЕ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ЗА УСМЕРАВАЊЕ УЛАГАЊА У СРБИЈУ И У ДРУГЕ ДРЖАВЕ

Да би се могло разумети због чега српски порески резиденти – физичка лица одлучују да своја улагања усмере преко правних лица која оснивају ван земље и какве пореске уштеде могу да постигну на овај начин, неопходно је осврнути се на основе опорезивања дохотка Србији.[4] Србија, као и највећи број других држава,[5] своје пореске резиденте подвргава неограниченој пореској обавези, док нерезиденте опорезује само у односу на онај доходак који има извор на њеној територији.[6] Другим речима, српски порески резиденти су дужни да пријаве и плате порез у Србији на свој целокупан светски доходак, без обзира на то где су га остварили, док нерезиденти бивају опорезовани само у односу на онај доходак који је остварен на територији Србије.[7]

Пореско резидентство се утврђује на основу показатеља који одсликавају чврсту везу између пореског обвезника и Србије, а која оправдава његово подвргавање неограниченој пореској обавези.[8] Мада ћемо у овом раду видети да то не би морао да буде случај, из угла досадашње праксе српске Пореске управе (не и српског пореског законодавства) изрази „страно правно лице" (тј. правно лице

---

[4] Вид. Закон о порезу на добит правних лица ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02 др. закон, 43/03, 84/04 и 18/10 и Закон о порезу на доходак грађана ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02 др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 испр., 31/09, 44/09 и 18/10. Суштински, иако законодавац користи код уређења опорезивања физичких лица појам *доходак*, а код опорезивања правних лица појам добит, предмет опорезивања се у оба случаја може назвати дохотком у ширем смислу, пошто добит представља нето доходак (укупни бруто приходи остварени у одређеном периоду умањени за расходе који су повезани са њиховим остварењем), при чему је начелно нето доходак предмет опорезивања и у случају физичких лица. Међутим, код нерезидентних правних лица опорезивање се може спровести и над њиховим бруто приходима који свој извор имају на територији Србије, без умањења за расходе који су повезани са њиховим остварењем (порез по одбитку из чл. 40 ЗПДПЛ).

[5] V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 291.

[6] Вид. чл. 7, ст. 1 и чл. 8 ЗПДГ и чл. 2, ст. 1, чл. 3, ст. 1 и чл. 40 ЗПДПЛ.

[7] Тј. чији се извор налази на територији Србије. Упор. Д. Поповић, Г. Илић Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 96 120.

[8] За услове за пореско резидентство физичких лица вид. чл. 7, ст. 2 и 3 ЗПДГ; за услове за пореско резидентство правних лица вид. чл. 2, ст. 2 ЗПДПЛ. Упор. Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 215 219.

које није основано у Србији) и „нерездентно правно лице" (тј. правно лице које је основано и има седиште стварне управе и контроле изван територије Србије) могу се користити као синоними, пошто, и поред постојања законских могућности, до сада ниједно правно лице које је основано ван Србије није сматрано њеним пореским резидентом од стране српских пореских органа.

Када су у питању правна лица, поред размера пореске обавезе, постоји још једна значајна разлика између опорезивања резидената и нерезидената. Предмет опорезивања резидентних правних лица је добит коју остваре у току једног пореског периода (12 месеци), другим речима њихов *нето доходак*, као разлика између прихода и расхода остварених у том периоду. С друге стране, добит (*нето доходак*) коју нерезидентно правно лице оствари на територији Србије може бити опорезована само уколико оно има значајније пословно присуство у њој, које подразумева обављање сопствене пословне делатности преко сталног места пословања у Србији, при чему се опорезивање може спровести само у односу на ону добит која се може приписати том сталном месту пословања (принцип сталне пословне јединице).[9] Уколико нерезидентно правно лице нема стално место пословања у Србији, односно уколико остварује приходе који се том сталном месту пословања не могу приписати, онда оно бива подвргнуто опорезивању у односу на само одређене облике прихода који свој извор имају у Србији (дивиденде и удели у добити, капитални добици, камате, ауторске накнаде, накнаде по основу закупа покретних и непокретних ствари и приходи нерезидентног обвезника по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица у складу са ЗПДГ),[10] при чему се као пореска основица узима исплаћени, односно остварени *бруто приход,* приход који није умањен за расходе који су са њиме повезани.

Погледајмо претходно описано на примеру који се односи на два облика прихода преко којих се уобичајено остварује повраћ на улагања у предузетничке подухвате – дивиденде, односно уделе у добити и капиталне добитке:

Страно (нерезидентно) привредно друштво А, у искључивом власништву српског пореског резидента – физичког лица Н.Н., оснива своје зависно привредно друштво Б у Србији. Привредно друштво Б, као резидентни обвезник Србије, бива опорезовано у односу на остварену добит порезом на добит правних лица по стопи од 10%.[11] Дивиденда коју привредно друштво Б исплати свом власнику, нере-

[9] Вид. чл. 3, ст. 1, чл. 4 и чл. 5 ЗПДПЛ.

[10] Вид. чл. 40 ЗПДПЛ.

[11] Вид. чл. 39, ст. 2 ЗПДПЛ.

зидентном привредном друштву А, бива опорезована порезом по одбитку по стопи од 20%, која се примењује на *бруто* износ исплаћених дивиденди.[12] Добит нерезидентног привредног друштва А, у коју начелно улазе и приходи од дивиденди које је исплатило привредно друштво Б, није подложна опорезивању у Србији,[13] али уколико привредно друштво А исплати дивиденду свом власнику, Н.Н., он/она ће морати да тако остварену дивиденду пријави у Србији и плати порез на приходе од капитала по стопи од 10%, која се примењује на основицу коју чини вредност примљених дивиденди.[14] Укупан српски порески терет, који би погодио добит привредног друштва Б на њеном путу до крајњег власника Н.Н., износио би, дакле, 35,2%,[15] и то под условом да дивиденда не буде опорезована на нивоу привредног друштва А у држави резидентства тога друштва, као и да физичко лице Н.Н. не буде опорезовано по принципу извора од стране државе резидентства привредног друштва А приликом исплате дивиденде.

Када би нерезидентно привредно друштво А продало своје уделе у резидентном привредном друштву Б, капитални добитак остварен том продајом би био опорезован у Србији по стопи од 20%,[16] тај капитални добитак би начелно ушао у добит привредног друштва А, док би било каква исплата дивиденде од стране привредног друштва А свом оснивачу, физичком лицу Н.Н., била опорезивана на исти начин као и у претходном случају. Укупан српски порески терет, којим би капитални добитак настао продајом удела у привредном друштву Б био оптерећен до коначне расподеле физичком лицу Н.Н. кроз дивиденде које оствари од привредног друштва А, износио би 28%, и то под претпоставком да држава резидентства привредног друштва А не опорезује капитални добитак остварен продајом удела у привредном друштву Б, као и да физичко лице Н.Н. неће бити опорезо-

[12] Вид. чл. 40, ст. 1 ЗПДПЛ.

[13] Уколико привредно друштво А није порески резидент Србије, онда је његова добит опорезива у Србији само уколико оно има сталну пословну јединицу на њеној територији, што у овом примеру није случај.

[14] Вид. чл. 7, ст. 1, чл. 61, ст. 1, тач. 2, чл. 63, ст. 2, чл. 64 и чл. 107 ЗПДПЛ.

[15] После примене пореза на добит правних лица по стопи од 10% на добит привредног друштва Б у вредности од РСД 100, преостаје укупно РСД 90 добити за расподелу његовом власнику привредном друштву А. Применом пореза по одбитку по стопи од 20% на исплату дивиденде у вредности од РСД 90, привредно друштво А остварује нето приход од дивиденде у вредности од РСД 72 (РСД 90 бруто прихода од дивиденде умањено за РСД 18 пореза по одбитку). Уколико привредно друштво А расподели остварени приход од дивиденди од привредног друштва Б у вредности од РСД 72 свом власнику, физичком лицу Н.Н., он/она ће бити у обавези да на остварених РСД 72 прихода од капитала плати порез у износу од РСД 7,2 (10% од РСД 72), при чему ће му, на крају, преостати укупно РСД 64,8 нето прихода од дивиденди.

[16] Вид. чл. 40, ст. 3 ЗПДПЛ.

вано по принципу извора од стране државе резидентства привредног друштва А приликом исплате дивиденде.[17]

Да је физичко лице Н.Н. било непосредни власник привредног друштва Б, онда би њему расподељена добит била оптерећена са 19% српског пореза[18] (уместо са 35,2% пореског оптерећења уколико би се између Н.Н. и Б *уметнуло* нерезидентно привредно друштво А), док би капитални добитак који би Н.Н. остварио непосредном продајом удела у привредном друштву Б био опорезован само порезом на капиталне добитке по стопи од 10%.[19]

Међутим, потребно је обратити пажњу и на чињеницу да физичко лице може желети да дивиденду, односно капитални добитак уложи у неки други предузетнички подухват, који није повезан с оним од кога је остварио наведене приходе, при чему, уколико му се дивиденда непосредно исплати, он мора да сноси терет пореза на приходе од капитала, односно пореза на капиталне добитке да би остварио ову намеру. Када су у питању дивиденде, да би избегао плаћање пореза на приходе од капитала на дивиденде које оствари од својих улагања у Србији, довољно је да физичко лице оснује у Србији кровно привредно друштво (холдинг компанију), у коју ће се сливати сви приходи од дивиденди од зависних привредних друштава, а затим улагати у било која друга предузећа, с обзиром на то да наш законодавац у приходе резидентних обвезника пореза на добит правних лица не укључује дивиденде и уделе у добити које ови остваре од других резидентних обвезника.[20] Суштински, могуће је одложити плаћање пореза на приходе од капитала на нивоу физичког лица као обвезника све дотле док му се дивиденда не исплати непосредно од кровног привредног друштва. Међутим, опорезивање се неће избећи, односно одложити уколико су улагања извршена у нерезидентна привредна друштва, с обзиром на то да дивиденде, односно удели у добити у овом случају улазе у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица, уз могућност остваривања права на порески кредит за порез плаћен у другој држави под одређеним условима.[21]

---

[17] Од РСД 100 вредности капиталног добитка оствареног продајом удела у привредном друштву Б, привредно друштво А ће остварити РСД 80 нето прихода које ће моћи да расподели свом власнику у облику дивиденди (под условом да овако остварени приход није подложан опорезивању у држави резидентства привредног друштва А   било на нивоу њега као резидентног пореског обвезника, било на нивоу физичког лица Н.Н. као нерезидентног пореског обвезника). Од укупно РСД 80 прихода од дивиденде, физичком лицу Н.Н. ће преостати РСД 72 пошто плати српски порез на приходе од капитала (10% на основицу од РСД 80).

[18] 10% *x* РСД 100 + 10% *x* (РСД 100   РСД 10)   РСД 19.

[19] Вид. чл. 72, ст. 1, тач. 4, чл. 72, ст. 5, чл. 76 и чл. 77 ЗПДГ.

[20] Вид. чл. 25 ЗПДПЛ.

[21] Вид. чл. 52 ЗПДПЛ.

Управо је на овом месту важно приметити да је одлагање плаћања пореза значајна погодност за пореског обвезника. Наиме, уколико порески обвезник успе да обавезу плаћања пореског дуга одложи на одређени период, при чему се одлагање може спровести тако да не долази до обрачуна затезне камате или до ограничавања права на располагање средствима чије је плаћање држави одложено (средства се могу даље улагати током целог периода одлагања плаћања пореза), онда је веома једноставно израчунати колико то, у најмањој мери, вреди оваква уштеда, кроз примену математичких формула о вредности новца кроз време.[22] Потребно је указати и на то да одлагање плаћања пореза на приходе од капитала, у претходно описаном примеру оснивања кровног резидентног привредног друштва и његовог коришћења за усмеравање даљих улагања у Србији, зависи искључиво од пореског обвезника (он као власник одлучује када ће му дивиденда бити исплаћена).

Када су у питању капитални добици, до погодности које одлагање плаћања пореза на приходе од капитала пружа начелно неће доћи уметањем кровног резидентног привредног друштва између физичког лица и привредног друштва чије акције или уделе он/она жели да прода, с обзиром на то да ће капитални добитак остварен продајом преко резидентног правног лица бити опорезован на нивоу тог обвезника пореза на добит правних лица по стопи од 10%,[23] а затим ће дивиденда исплаћена физичком лицу опет бити опорезована порезом на приходе од капитала по стопи од 10%. Међутим, и у овом случају је порески терет мањи уколико се између физичког лица – пореског резидента Србије и привредног друштва чијим се акцијама или уделима располаже налази резидентно привредно друштво (10%), него што је то случај када се продаја врши преко нерезидентног привредног друштва (20%).

Но, уколико физичко лице – порески резидент Србије жели да улаже у неке друге државе, онда је могуће постићи веома значајне уштеде одлагањем плаћања српског пореза на приходе од капитала,

[22] Енг.: *time value of money.* Да би се, на пример, одредило колико је уштеђено новца тиме што је одложено плаћање РСД 100 за две године, користимо следећу формулу: садашња вредност РСД 100 које треба платити кроз две године, под претопоставком да је каматна стопа, која би се могла остварити када би се ових РСД 100 уложило на штедњу у банци, 10% $100/(1+0,1)^2$ (број периода током којих се обрачунава каматна стопа)   РСД 82,64. Другим речима, одлагањем плаћања РСД 100 на две године постиже се исти резултат као када би се у садашњем времену пореска обавеза од РСД 100 успела у потпуности измирити са РСД 82,64 (уштеда од РСД 17,36). Према претходно изложеним претпоставкама, одлагањем плаћања РСД 100 на осам година, пореска обавеза би се могла измирити само из камата које би се оствариле на овај износ, док би главница обвезнику у потпуности остала на располагању.

[23] Вид. чл. 27 30 ЗПДПЛ.

односно укључивања прихода у основицу за порез на добит резидентног привредног друштва, кроз усмеравање ових улагања преко страних правних лица. Наиме, поновимо да у случају да физичко лице – порески резидент Србије улаже у пословне подухвате у другим државама непосредно или преко резидентног привредног друштва, сви приходи који се остваре од ових улагања биће опорезиви у Србији због тога што припадају лицима која су њој неограничено порески обавезна. Међутим, усмеравањем ових улагања преко страног правног лица, ови приходи у потпуности излазе из оквира српског пореза, све док добит коначно не буде расподељена српском резиденту, с обзиром на то да они немају свој извор у Србији, а непосредно их остварује правно лице које није њен порески резидент.

Претходна расправа нас ставља пред дилему због чега би физичка лица – порески резиденти Србије уопште усмеравала своја улагања у Србију кроз нерезидентна правна лица када је, начелно, порески терет у том случају далеко већи него у случају непосредног улагања, односно улагања преко резидентног привредног друштва. Када је у питању усмеравање улагања у друге државе преко нерезидентних правних лица, онда је суштина пореске погодности у томе да је на овај начин могуће одложити плаћање пореза на приходе од капитала, односно укључивање прихода остварених из иностранства у опорезиву добит резидентног привредног друштва. Остали аспекти пореског планирања[24] у случају улагања у друге државе зависе искључиво од законодавстава држава у које се и преко којих се оно врши.

Суштина пореског планирања кроз употребу правних лица основаних у иностранству за улагања српских пореских резидената у Србији лежи у интеракцији одредби уговора о избегавању двоструког опорезивања[25] и одредби домаћег пореског законодавства држава са којима Србија такве уговоре примењује. У неким случајевима пореско планирање је могуће и кроз интеракцију између одредби српских пореских закона и прописа других земаља без примене уговора о избегавању двоструког опорезивања.[26]

---

[24] Упор. Д. Поповић, „Међународно пореско планирање“, *Финансије* 5 6/1989, 243 268.

[25] Највећи број од преко 2000 у свету важећих уговора о избегавању двоструког опорезивања урађен је на основу „мустре“ коју нуди Модел конвенција ОЕЦД. Упор. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 2008. У пракси се срећу и утицаји других модел конвенција (на пример УН или Министарства финансија САД).

[26] На пример, до последњих измена и допуна ЗПДПЛ (закључно са 26. мартом 2010. године) капитални добици нерезидената су били подвргнути опорезивању по одбитку, где је резидентни исплатилац (купац) био дужан да обрачуна, обустави и уплати порез по одбитку по стопи од 20% на капитални добитак који оствари

2. ПОРЕСКО ПЛАНИРАЊЕ ПУТЕМ ИНТЕРАКЦИЈЕ ИЗМЕЂУ УГОВОРА О ИЗБЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ ОПОРЕЗИВАЊА И ДОМАЋЕГ ПОРЕСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА ДРЖАВА СА КОЈИМА СРБИЈА ТАКВЕ УГОВОРЕ ПРИМЕЊУЈЕ

Основна погодност којој порески обвезници стреме приликом пореског планирања лежи у умањењу пореског терета, било кроз смањивање висине сâмог пореза у садашњости, било кроз одлагање плаћања пореза.

Када је у питању међународно пореско планирање, односно у нашем случају пореско планирање кроз употребу правних лица основаних у иностранству за улагања српских пореских резидената у Србију, најјасније се уштеде могу сагледати на примеру капиталних добитака. Наиме, претпоставимо да физичко лице Н.Н. – резидент Србије, преко свог нерезидентног привредног друштва А, продаје уделе у српском резидентном привредном друштву Б. Подсетимо се да је укупан српски порески терет који ће погодити капитални добитак остварен продајом у овом случају 20%, док би он износио 10% да је продаја извршена преко резидентног привредног друштва или непосредно од самог Н.Н. Даља расподела дивиденди физичком лицу Н.Н. од стране привредног друштва преко којег је извршена продаја подлеже порезу на приходе од капитала по стопи од 10%, без обзира на то да ли се ради о резидентном или нерезидентном привредном друштву.

Међутим, уколико између државе резидентства привредног друштва А и Србије постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, онда би капитални добитак остварен продајом удела у српском резидентном привредном друштву Б, према одредбама тог уговора, био опорезив само у држави резидентства продавца – држави резидентства привредног друштва А. Ово правило је садржано у већини од 37 билатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује,[27] а оно одговара правилу садржаном у чл.

нерезидентни продавац. Међутим, приликом преноса између два нерезидента пореска обавеза није постојала, с обзиром на то да су само резидентни обвезници били порески дужници за порез по одбитку, па је српски порез приликом на пример продаје удела или акција у резидентном привредном друштву могао једноставно да се избегне тако што би се продаја извршила преко нерезидентног привредног друштва, без обзира на то да ли се са државом чији је оно резидент примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања или не. Да би се опорезивање овако оствареног капиталног добитка у потпуности избегло, неопходно је још продају извршити преко правног лица које је резидент државе према чијим се домаћим прописима овако остварени капитални добитак не опорезује.

[27] Србија у 2010. години примењује уговоре о избегавању двоструког опо резивања са следећих 37 држава: Албанија, Белорусија, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Велика Британија, Данска, Египат, Индија, Италија, Кина, Кипар, Кувајт,

13 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и имовину.[28] Другим речима, уколико се између државе чији је резидент привредно друштво које продаје акције или уделе у привредном друштву које је српски порески резидент и Србије примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања, по правилу ће право на опорезивање капиталног добитка оствареног том продајом бити препуштено држави чији је резидент продавац, што за последицу има избегавање српског пореза по стопи од 20% на тако остварени капитални добитак.

Но, да би пореско планирање имало смисла неопходно је водити рачуна и о опорезивању овако оствареног капиталног добитка у држави резидентства продавца. Избегавање српског пореза само да би се порез платио у некој другој држави нема економске логике, па би идеална ситуација била она у којој би се могло избећи било какво опорезивање и на нивоу привредног друштва које је остварило капитални добитак у његовој држави резидентства.

Потребно је, међутим, обратити пажњу на начин на који делују одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања. Наиме, уговор о избегавању двоструког опорезивања може држави уговорници потврдити право на опорезивање, ограничити или ускратити га, али је не може обавезати да одређени доходак или имовину опорезује.[29] Он, дакле, „утврђује теоретску могућност опорезивања, али не ства-

Летонија, Литванија, Мађарска, Македонија, Малезија, Молдавија, Немачка, Нор вешка, Пољска, Румунија, Русија, Северна Кореја, Словачка, Словенија, Турска, Украјина, Финска, Француска, Холандија, Хрватска, Чешка, Швајцарска, Шведска и Шри Ланка. Србија би имала право да опорезује овако остварени капитални добитак само у случају примене уговора са Немачком (чл. 14, ст. 3 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између СФРЈ и СР Немачке, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 12/88) и Индијом (чл. 14, ст. 5 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између СРЈ и Индије, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 102/07).

28 Значајан изузетак од наведеног правила је садржан у чл. 13, ст. 4 Модел конвениције ОЕЦД, односно у чл. 13, ст. 4 Модел конвенције УН и односи се на право државе извора да опорезује капитални добитак настао отуђењем акција или удела компаније која је њен порески резидент, а чија се вредност претежно изводи из непокретности које се налазе на њеној територији. Ово решење је преузето у 12 од 37 уговора о избегавању двоструког опорезивања које данас примењује Србија (уговори с Албанијом, Босном и Херцеговином, Данском, Египтом, Индијом, Кином, Летонијом, Литванијом, Украјином, Француском, Хрватском и Швајцарском), али је учињено ирелевантним *чудним* тумачењем српских пореских органа, базираним на суштински погрешном преводу енглеског текста уговора на српски језик, да се изузетак односи само на продају акција у акционарским друштвима, али не и удела у друштвима са ограниченом одговорношћу. Вид. Д. Поповић, С. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања правни оквир и тумачење*, ЦЕКОС ИН, Београд 2009, 160 162.

29 Вид. K. Vogel *et al.*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, London 1997^3, 27.

ра материјалноправну основу за опорезивање; њу увек мора образовати унутрашње (домаће) право“.[30] Стога, када уговор потврди право на опорезивање одређеној држави уговорници, неопходно је установити да ли она то право и користи према одредбама свог домаћег законодавства. Уколико према домаћем законодавству одређени део дохотка (приход) није опорезив, онда чињеница да је уговор потврдио право на опорезивање неће утицати на постојање пореске обавезе, јер држава којој је право потврђено то право једноставно не користи.

Један број држава са којима Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања у својем домаћем законодавству прописује тзв. афилијациону привилегију,[31] према којој приходи од дивиденди, односно удела у добити, остварени од повезаних нерезидентних обвезника, као и капитални добици настали располагањем њиховим акцијама или уделима, не улазе у опорезиве приходе обвезника – резидента те државе. Уколико видимо да је овакво правило прописано домаћим законодавством Кипра, Холандије или Швајцарске,[32] можемо боље разумети зашто ове три државе представљају неке од *омиљених* јурисдикција за оснивање привредних друштава преко којих српски порески резиденти улажу у своју матичну државу, али и у друге јурисдикције. Дакле, када су у питању капитални добици настали продајом акција или удела у српским привредним друштвима, могуће је у потпуности избећи опорезивање тог капиталног добитка било у Србији, било у држави резидентства правног лица које га је остварило, при чему је такође могуће готово неограничено одложити плаћање пореза за приходе од капитала све до тренутка док нерезидентно привредно друштво коначно не расподели дивиденду свом власнику – српском пореском резиденту. У претходном делу овог чланка је констатовано да се у случају да је продаја акција или удела у српском резидентном привредном друштву извршена непосредно од стране физичког лица – пореског резидента Србије, или преко другог српског резидентног привредног друштва, плаћање пореза у Србији не би могло избећи.

С друге стране, може се запазити да слична или истоветна правила постоје и у домаћем законодавству још неких земаља, које пореским резидентима Србије нису толико *атрактивне* да би у њима оснивали правна лица преко којих би се усмеравала улагања

---

[30] I. Blumenstein, „Doppelbesteuerungsabkommen und Handelsverträge in ihrer Funktion als Rechtsquellen des schweizerischen Steuerrechts“, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 91 bis/1955, 189.

[31] Енг.: *participation exemption.*

[32] Вид. C. Finnerty *et al.*, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam 2007, 92 97.

(на пример Мађарска).[33] Док је постојање уговора о избегавању двоструког опорезивања између земље оснивања и Србије у највећем броју случајева *conditio sine qua non* за претходно описано пореско планирање, у пракси се срећу бројни други разлози који стоје иза избора јурисдикције у којој српски порески резидент – физичко лице намерава да оснује правно лице преко којег усмерава своја улагања у Србију: трошкови везани за оснивање и одржавање тог правног лица, једноставност испуњавања услова које поставља домаће законодавство за остваривање права на афилијациону привилегију, могућности за контролу над правним лицем од стране његовог власника, строгост захтева за извештавањем о пословању и могућности за даље располагање средствима према домаћем законодавству државе у којој се то правно лице оснива, спремност државних органа да размењују податке о својим пореским резидентима с органима других држава, стабилност правног и економског система одређене државе, искуства других пореских обвезника у тој јурисдикцији, пореско оптерећење које се може очекивати приликом исплате дивиденде власнику привредног друштва, итд.

Када су у питању дивиденде остварене од домаћих привредних друштава, улагање у Србију преко нерезидентних правних лица нема тако очигледе предности као у случају капиталних добитака. Наиме, ниједан од уговора о избегавању двоструког опорезивања не спречава Србију да опорезује дивиденде које резиденту друге државе уговорнице исплаћује њен резидент, већ само ограничава њено право на опорезивање на стопе између 5% и 15% од бруто прихода од дивиденде (изузетно, у случају уговора о избегавању двоструког опорезивања са Малезијом – 20%[34]). Да физичко лице – порески резидент Србије непосредно остварује дивиденде, онда би он морао да плати 10% пореза на приходе од капитала, али би у случају остваривања дивиденде преко резидентног привредног друштва, пореска обавеза била у потпуности одложена све до исплате дивиденде физичком лицу као крајњем власнику. Уколико се дивиденда исплаћује прво нерезидентном правном лицу, порез би морао да се плати у сваком случају, при чему његов износ не би могао да буде мањи од 5% бруто прихода од дивиденди, док би и даље у будућности постојала обавеза плаћања пореза на приходе од капитала по стопи од 10% приликом расподеле дивиденде физичком лицу – пореском резиденту Србије. Међутим, када су у питању дивиденде које се остварују од улагања у другим државама, њихово *прикупљање* у нерезидентном правном лицу може

[33] Вид. B. Szolgyemy, *Holding Companies Hungary*, IBFD 2010 (electronic publication).

[34] Ако је прималац дивиденди малезијско правно лице 20%; ако је прималац дивиденди малезијско физичко лице 10%.

да има значајне погодности, од којих је из угла српског опорезивања најзначајнија она која се састоји у одлагању плаћања пореза на приходе од капитала, односно укључивања дивиденди у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица.

Српски порески резиденти – физичка лица би могли да своја улагања усмеравају кроз нерезидентна правна лица, прихватајући можда и већи порески терет, уколико би им пословање изван Србије омогућавало лакше улагање и веће могућности у избору његових модалитета. Међутим, иако сви до сада изложени примери пореског планирања српских пореских резидената – физичких лица, евентуално спадају у домен законите, али нелегитимне пореске евазије, управо на примеру дивиденди можемо уочити могућности да се оно прошири тако да зађе и у незаконите воде.

3. НЕЗАКОНИТО ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА ПУТЕМ УПОТРЕБЕ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА ЗА УСМЕРАВАЊЕ УЛАГАЊА У СРБИЈУ И У ДРУГЕ ДРЖАВЕ

У претходном делу овог чланка констатовано је да је избегавање српског пореза могуће спровести законито кроз употребу страног (нерезиденог) правног лица од стране домаћег резидента у случају опорезивања капиталних добитака, док, када су у питању дивиденде, односно удели у добити, највећа погодност произлази из могућности одлагања плаћања пореза. Међутим, не сме се изгубити из вида да управо у случајевима који су предмет овог рада порески обвезник може да не одоли искушењу да пређе границу законите (али, можда нелегитимне) пореске евазије и уђе у незаконите воде пореске утаје.[35]

Погледајмо следећи пример: нерезидентно привредно друштво А – порески резидент Кипра, у искључивом власништву привредног друштва B које је основано у пореском рају,[36] а које је у

[35] Вид. чл. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 исправка, 23/03 исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 др. закон, 62/06 др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 др. закон и 53/10 и чл. 229 Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 исправка, 107/05 исправка, 72/09 и 111/09. За разликовање законите и легитимне од законите, али нелегитимне пореске евазије, као и од незаконите пореске евазије, упор. Д. Поповић (2010), 43 51.

[36] Појам „порески рај" није прецизно дефинисан у науци пореског права. У нашем примеру опис карактеристика јурисдикције коју називамо пореским рајем, а који је дат у даљем тексту, одговара најевидентнијим случајевима који се могу подвести под овај појам (мада би се у ширем смислу и Кипар могао подвести под

искључивом власништву српског пореског резидента – физичког лица Н.Н., искључиви је власник српског привредног друштва Б. Оснивачки улог привредног друштва А у привредном друштву Б је износио 10.000.000 ЕУР, док је сада оно у прилици да прода свој удео у њему за 50.000.000 ЕУР. Капитални добитак остварен овом продајом за потребе овог примера износи 30.000.000 ЕУР (усклађен према одредбама чл. 27–29 ЗПДПЛ).

Приликом продаје удела у привредном друштву Б, капитални добитак је, у складу са чл. 13 уговора о избегавању двоструког опорезивања који Србија примењује са Кипром,[37] начелно опорезив само на Кипру, који, по основу својег домаћег законодавства, овако остварени капитални добитак не опорезује у рукама својих пореских резидената – у нашем случају привредног друшва А. Другим речима, Србија је, по основу примене уговора о избегавању двоструког опорезивања, изгубила право на порески приход, који би у овом случају износио 6.000.000 ЕУР (20% од 30.000.000 ЕУР). Подсетимо се да би у случају да је продаја извршена непосредно од стране физичког лица или од стране резидентног привредног друштва, порески приход износио 3.000.000 ЕУР.

Привредно друштво А сада може да капитални добитак остварен продајом удела у привредном друштву Б расподели свом власнику – привредном друштуву В. С обзиром на то да се ради о два нерезидентна обвезника, Србија нема право да опорезује ову расподелу дивиденди, док се, према кипарским пореским прописима, оваква исплата дивиденди од стране кипарског пореског резидента његовом нерезидентном власнику не опорезује.[38] За разлику од привредног друштва А које је порески резидент Кипра и послује према општим правилима кипарског законодавства, привредно друштво В је основано у пореском рају и представља тзв. *off-shore* компанију. Другим речима, привредно друштво В суштински не подлеже било каквим обавезама у држави у којој је основано, било пореским обавезама или обавезама извештавања, вођења пословних књига и евиденција, при чему је слободно да врши било какве исплате, без обзира на њихов основ. Све што је потребно да учини како би имало овакве погодности је да плати годишњу накнаду држави у којој је основано, а која је обично симболичног износа. С обзиром на претходно описано стање, порески резидент Србије, власник привредног друштва В, у великом је искушењу да са овог привредног друштва себи пренесе дивиденду, али да је при томе не пријави српским по-

њега). За више о одређењу појма порески рај види: *IBFD International Tax Glossary,* IBFD, Amsterdam 2005[5], 403.

[37] *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 2/86.

[38] C. Finnerty *et al.*, 100.

реским органима, нарочито када се узме у обзир чињеница да ће они веома тешко моћи да уђу у траг овој исплати. Уколико подлегне овом искушењу да избегне плаћање пореза на приходе од капитала (у овом случају искушење је веома велико, јер би пореска обавеза могла износити на пример 3.000.000 ЕУР, ако би му било исплаћено 30.000.000 ЕУР дивиденде), српски резидентни порески обвезник је извршио кривично дело пореске утаје, али је вероватноћа да ће за њега одговарати веома мала, с обзиром на могућности и досадашњу праксу српских пореских органа. Претходно описана опасност је још израженија уколико дивиденда која се расподељује коначном власнику (физичком лицу – пореском резиденту Србије) потиче од добити која је остварена улагањем у другим државама, с обзиром на то да српски порески органи у том случају немају ни почетни траг који би могли да прате.

4. ДРУГИ ОБЛИЦИ ИЗБЕГАВАЊА СРПСКОГ ПОРЕЗА КРОЗ УПОТРЕБУ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

У досадашњој анализи искључиво смо се бавили облицима избегавања српског пореза код два облика прихода – дивиденди и капиталних добитака, иако су могући и модалитети са коришћењем других облика прихода (приходи од продаје добара и пружања услуга, камате, накнаде по основу коришћења права индустријске својине или закупа покретних или непокретних ствари и др.). Међутим, аутори су намерно одлучили да се посвете питању дивиденди и капиталних добитака, с обзиром на то да у случају других облика прихода пореским, али и другим државним органима стоје на располагању разноврсна средства да их уоче, као и да спрече настанак штетних последица по фискални интерес Србије. На пример, исплате по било којем од наведених основа подлежу провери према правилима о трансферним ценама,[39] а у случају камата и према правилима о утањеној капитализацији,[40] при чему не треба заборавити, нарочито у случају услуга, норму да се само документовани и у сврху пословне делатности настао трошак може признати у пореском билансу исплатиоца.[41] Поред пореских правила, наведени облици прихода могу бити под будним оком и других органа, па је тако, уколико српски резидент исплати по основу неког односа нерезиденту цену

[39] Вид. чл. 59 61 ЗПДПЛ.

[40] Вид. чл. 62 ЗПДПЛ.

[41] Вид. чл. 7а, ст. 1, тач. 1 и 8 ЗПДПЛ.

која није стварна, а плаћени износ прелази вредност од 100.000 ЕУР, предвиђена и одговорност за кривично дело за лице које изда налог за плаћање, за које је прописана казна од једне до десет година затвора.[42] С обзиром на далеко веће могућности контроле, постојање различитих ограничења и обавеза извештавања када су у питању пословни односи са нерезидентима, као и на чињеницу да су државни органи ипак у области осталих прихода користили законом прописана овлашћења, аутори су се одлучили да највећу пажњу посвете оним облицима прихода код којих порески органи, до сада, нису употребили ни она ограничена средства која им стоје на располагању. Међутим, у наредном делу овог чланка видећемо да постојеће могућности за борбу против избегавања плаћања српског пореза у случају дивиденди и капиталних добитака, које остварују српски порески резиденти посредно преко нерезидентних правних лица, могу додатно допринети свеобухватном решавању овог проблема и у односу на друге облике прихода.

5. ДА ЛИ ЈЕ СТРАНО ПРАВНО ЛИЦЕ УИСТИНУ ПОРЕСКИ НЕРЕЗИДЕНТ СРБИЈЕ?

Целокупна претходна расправа била је заснована на претпоставци да је правно лице основано у иностранству од стране српског пореског резидента (посредно или непосредно) порески нерезидент Србије. Међутим, управо могућност обарања ове претпоставке представља главно *оружје* које стоји на располагању српским пореским органима у борби против и законите нелегитимне, али и незаконите пореске евазије коју спроводе домаћи порески резиденти кроз употребу страних правних лица за усмеравање својих улагања.

Наиме, према одредби чл. 2, став 2 ЗПДПЛ, пореским резидентом Србије, када су у питању правна лица, сматрају се она која су или основана у Србији или у њој имају седиште стварне управе и контроле. Другим речима, пореским резидентом Србије сматраће се и оно правно лице које у Србији није основано, али коме се на њеној територији налази седиште стварне управе и контроле.

Српски порески органи до сада никада нису применили критеријум седишта стварне управе и контроле да би установили да је одређено правно лице које није основано у Србији њен порески резидент, нити су српски судови икада имали прилике да тумаче ову законску одредбу. Међутим, ближе одређење значења критеријума

[42] Вид. чл. 58 Закона о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/06.

седишта стварне управе (и контроле) налазимо у упоредном праву, одакле је он и преузет у српско пореско законодавство.[43]

Према чл. 4, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД, односно према правилу на које редовно наилазимо у уговорима о избегавању двоструког опорезивања, у случају да је једно правно лице порески резидент обе државе уговорнице истовремено, за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања оно ће се сматрати резидентом оне државе у којој му се налази место стварне управе.[44] Званични коментар чл. 4, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД одређује да је место стварне управе место у којем се суштински доносе кључне одлуке везане за пословање и управљање обвезником, а које су неопходне за спровођење његовог целокупног пословања.[45] Српски законодавац, уз место стварне управе додаје и место стварне контроле над пореским обвезником, али би се ова разлика у односу на одредбу чл. 4, ст. 3 Модел-конвениције ОЕЦД могла тумачити као појашњење појма места стварне управе у смислу места одакле се стварно управља пословањем пореског обвезника, односно одакле се контролише његова управа. Другим речима, уколико су званични органи управљања пореског обвезника смештени изван Србије, али они немају или не користе своја овлашћења за доношење кључних одлука везаних за његово пословање, односно управљање њиме, већ се те одлуке доносе у Србији, од стране његовог власника (посредно или непосредно), или лица које је он за то овластио, онда је место

[43] Место стварне управе (енг. *place of effective management*) користи се као критеријум за одређивање резидентства правних лица у пореском праву на пример Белгије, Италије, Норвешке, Португалије, Холандије и Швајцарске, док се у пореском праву Немачке и Аустрије примењује критеријум места управе (енг. *place of mana gement*; нем. *Ort der Geschäftsleitung*), који, према тумачењу заступљеном у овим јурисдикцијама, има веома слично значење као и критеријум места стварне управе у међународном уговорном пореском праву. У пореском праву Велике Британије се за одређивање резидентства правних лица користи критеријум места централне управе и контроле (енг. *place of central management and control*), који је развијен у судској пракси ове државе пре више од једног века (пресуда у случају *De Beers Consolidated Mines, Limited v Howe (Surveyor of Taxes), A.C. 455*, од 30. јула 1906. године), при чему и он има веома слично тумачење ономе које се користи за одређивање места стварне управе у међународном уговорном пореском праву. Вид. F. F. Miotto, „Con flicts of Qualification and Residence (Arts. 1 and 4 OECD MC)", *Conflicts of Qualifica tion in Tax Treaty Law* (eds. E. Burgstaller, K. Haslinger), Linde Verlag Wien, Vienna 2007, 96 98; K. Vogel, 262.

[44] За више о развоју употребе и тумачења појма места стварне управе у међународном уговорном пореском праву, упор. Y. Plakhin, „The Place of Effective Management as a Tie Breaker Criterion", *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law* (eds. M. Hofstaetter, P. Plansky), Linde Verlag Wien, Vienna 2009, 83 98.

[45] *„The place of effective management is the place where key management and commerci*al decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made". Вид.*Model Tax Convention on Income and on Capital*, параграф 24 коментара уз чл. 4, ст. 3.

стварне управе и контроле тог пореског обвезника у Србији, а не тамо где се састају, односно налазе његови званични управни органи који само спроводе одлуке које су донете у Србији.[46]

За разлику од критеријума места оснивања, критеријум седишта стварне управе и контроле за одређивање пореског резидентства правног лица није једноставан за примену и захтева да порески органи приступе сваком појединачном случају са дужном пажњом, узимајући у обзир све елементе на основу којих се може утврдити одакле се стварно управља и контролише одређено правно лице.

Погледајмо пример: привредно друштво А, које је основано у држави А, власник је привредног друштва Б, које је основано у Србији, привредног друштва В, основаног у држави В и привредног друштва Г, основаног у држави Г. Власник привредног друштва А је физичко лице Н.Н. – порески резидент Србије, који већи део свог времена проводи у Србији, при чему има на располагању пословне просторије у оквиру привредног друштва Б. Привредно друштво А има свог директора који је порески резидент и држављанин државе А, а од запослених још има једну секретарицу. Привредно друштво А има своје пословне просторије величине 40 м^2 у држави А, при чему број запослених у привредним друштвима Б, В и Г износи 500, а обим пословања који се преко њих одвија је веома велике вредности. Директор привредног друштва А је адвокат који нема искуства у пословању којим се бави ова привредна група, при чему би, и да га има, из свих околности случаја било јасно да се њиме не би могло управљати без подршке једног броја стручног особља, које њему не стоји на располагању на нивоу привредног друштва А, али зато постоји у оквиру привредног друштва Б у Србији. Из правних аката привредног друштва А види се да је његов директор у великој мери ограничен у вођењу пословања и да му је за било коју значајнију одлуку непходна сагласност власника (уређење ових односа ће зависти од законодавства државе А). Увидом у одговарајућу документацију можемо утврдити да је власник привредног друштва А боравио у држави А само пет дана у току једне године, при чему су извештаји стручних служби или саветника који су били основ за доношење пословних одлука прво достављани њему у Србији, а тек затим директору привредног друштва А. Такође, увидом у пословну документацију привредног друштва А можемо утврдити да је његов директор доносио значајне одлуке само на основу упутстава које је добијао од власника или од људи које је он за то овластио, а који живе и раде у Србији.[47]

---

[46] За тумачење појма места (стварне) управе и значај места где су кључне одлуке за управљањем правним лицем донете, односно одакле су издате, у немачкој и холандској судској пракси, упор. K. Vogel, 262.

[47] Вид. K. Vogel, 263. Чињенично стање слично оном из нашег примера представљало је основ да се у немачкој и канадској судској пракси сматра да је

Претходно изложене чињенице указују да постоје чврсте основе за тврдњу да је место стварне управе и контроле привредног друштва А у Србији и да је стога привредно друштво А њен порески резидент. Представљени пример је случај у којем би порески органи, и *de lege lata*, морали да изврше детаљну проверу свих елемената који указују на то где се налази место стварне управе и контроле привредног друштва А, при чему треба имати на уму да се они у пракси могу сретати и са много лакшим задатком од овога, мада су могући и тежи случајеви, што зависи од софистицираности пореског планирања пореског обвезника. Тако, нису ретки примери да страно привредно друштво нема на располагању било какве просторије, нити има запослене, осим формално номинованог директора или члана управе, који је држављанин државе у којој је основано (а чије је именовање проузроковано захтевима домаћег законодавства те државе), при чему се власник, или од њега постављена лица, која иначе живе и раде у Србији, налазе и у органима управе тога друштва. У оваквом случају би било далеко лакше утврдити да се место стварне управе и контроле привредног друштва налази у Србији.

6. ПОСЛЕДИЦЕ УТВРЂИВАЊА СРПСКОГ ПОРЕСКОГ РЕЗИДЕНТСТВА СТРАНОГ ПРАВНОГ ЛИЦА ПО ОСНОВУ КРИТЕРИЈУМА МЕСТА СТВАРНЕ УПРАВЕ И КОНТРОЛЕ

У случају да за одређено страно правно лице утврдимо да је оно порески резидент Србије по основу тога што му је место стварне управе и контроле на њеној територији, долази до последице да страно привредно друштво постаје неограничено порески обавезно према Србији и дужно је да њој плати порез на своју целокупну светску добит. Ефекти се јављају како на терену пореског имовинског, тако и на терену пореског управног односа.[48]

Из угла имовинске стране порескоправног односа између тог страног правног лица и државе Србије као пореског повериоца последице су следеће:

а) Страно правно лице је дужно да у Србији плати порез на своју целокупну добит, што омогућава да Србија опорезује и ону добит која је остварена улагањем у другим државама преко страног правног лица. Другим речима, пореско планирање с циљем да се српски порез избегне у односу на улагање које њен рездент – физичко лице суштински врши у другим државама се у великој мери спутава.

већински власник привредног друштва суштински вршио функцију управљања његовим пословањем, уместо управних органа друштва.

[48] Упор. Д. Поповић (2010), 89 и даље.

б) Када су у питању приходи од камата, ауторских накнада, закупа покретних и непокретних ствари, као и приходи по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица у складу са ЗПДГ, Србија нема више право да их опорезује приликом исплате по одбитку, али ће они ући у опорезиве приходе страног привредног друштва, сада пореског резидента Србије, за потребе пореза на добит правних лица.

в) Када су у питању приходи који се у Србији не опорезују по одбитку (приходи од продаје добара, односно пружања услуга), они ће сада доћи под удар српског пореза, с обзиром на то да улазе у опорезиве приходе страног правног лица – пореског резидента Србије.

г) Избегавање плаћања пореза у случају капиталних добитака се у потпуности онемогућава, с обзиром на то да су резидентни порески обвезници увек дужни да плате порез на капитални добитак, без обзира на то где је он остварен.

д) У случају дивиденди и удела у добити, Србија неће моћи да наплати порез по одбитку приликом њихове расподеле од стране домаћих привредних друштава страном правном лицу – сада пореском резиденту Србије, јер се порез по одбитку обрачунава само код исплате од стране пореског резидента Србије нерезиденту (у овом случају би постојала исплата дивиденде, односно удела у добити између два резидента), при чему дивиденде остварене од српских пореских обвезника неће ући у опорезиве приходе за потребе пореза на добит правних лица на нивоу страног привредног друштва – пореског резидента Србије. Међутим, све дивиденде, односно удели у добити које ово друштво оствари од српских нерезидената ући ће у његове опорезиве приходе за потребе утврђивања пореза на добит у Србији.

На терену пореског управног односа последице су још интересантније, јер ће допринети да се у великој мери спречи незаконита пореска евазија о којој је раније било речи. Наиме, резидентни порески обвезници су дужни да воде прописане евиденције, подносе пореске пријаве и да српским пореским органима пружају податке који су од значаја за утврђивање пореске обавезе.[49] На пример, страно привредно друштво које према прописима државе у којој је основано нема обавезу вођења пословних књига, уколико би имало статус пореског резидента Србије за порез на добит правних лица, морало би да ове води у складу са српским прописима и да их ставља на увид српским пореским органима, што би у великој мери олакшало контролу компанија које се оснивају у пореским рајевима. Такође, као резидентни порески обвезник, страно правно лице би имало оба-

[49] Вид. чл. 25 ЗППА.

везу обрачунавања и плаћања пореза по одбитку, што подразумева и подношење одговарајућих пореских пријава на све исплате српским нерезидентима, али и свим физичким лицима – српским резидентима који од њега остварују опорезиве приходе, без обзира на то где се ти приходи исплаћују.[50]

Из угла примене уговора о избегавању двоструког опорезивања позиција Србије би била недвосмислено јасна, с обзиром на то да уколико се неко правно лице истовремено сматра пореским резидентом обе државе уговорнице, онда се оно за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања има сматрати резидентом оне државе у којој му се налази место стварне управе, што је у нашем случају Србија, под условом да се критеријум седишта стварне управе и контроле из домаћег законодавства тумачи на исти начин као и критеријум седишта стварне управе из уговора о избегавању двоструког опорезивања. Уколико би надлежни органи друге државе уговрнице оспорили тврдњу да је место стварне управе правног лица, у смислу уговора о избегавању двоструког опорезвања, у Србији, а поступак међусобног договарања имеђу њих и српских надлежних органа не би уродио плодом, онда би овом страном правном лицу биле ускраћене погодности примене уговора о избегавању двоструког опорезивања и оно би било изложено потенцијалном двоструком опорезивању, што је у оваквим случајевима прихватљива последица, из простог разлога што *обавеза* постизања заједничког договора између надлежних органа држава уговорница није предвиђена ни у једном од уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује.[51]

7. ОТВОРЕНА ПИТАЊА И ДОДАТНА РЕШЕЊА

Из спроведене анализе може се закључити да у српском законодавству постоје одредбе чијом би се применом, која је до сада у потпуности изостала, могло у великој мери стати на пут избегавању плаћања пореза од стране српских резидената – физичких лица, кроз коришћење страних правних лица за усмеравање својих улагања у Србију, али и на другим тржиштима. Јасно је да примена критеријума седишта стварне управе и контроле захтева добро обучену и опремљену пореску управу,[52] али уколико држава жели да се ухвати

[50] Вид. чл. 41 ЗППА.

[51] Вид. Д. Поповић, С. Костић, 285 и 287; *Model Tax Convention on Income and on Capital*, параграф 10.1. коментара уз чл. 1.

[52] Оцене Европске комисије о административним капацитетима Пореске управе Србије су релативно позитивне, мада донекле амбивалентне: „The adminis

у коштац са негативним последицама по пореске приходе, изазваним једноставним „пробијањем граница" од стране инвентивних пореских обвезника путем најразличитијих облика пореског планирања и структуирања пословања, онда она мора бити свесна да је то могуће само кроз озбиљно улагање у оне органе који овај задатак треба да изврше. Не треба се ни заваравати да ће увек бити могуће утврдити да се место стварне управе и контроле одређеног страног правног лица налази у Србији, већ ће ово зависти од сваког појединачног случаја, при чему је разумно претпоставити да ће српски порески резиденти с временом одговорити на примену критеријума места стварне управе и контроле суштинским преношењем ових функција на своја страна правна лица, односно све софистициранијим облицима пореског планирања.

Један од највећих подстицаја за пореско планирање кроз употребу страних правних лица за усмеравање улагања од стране физичких лица налази се у одлагању плаћања пореза на приходе од капитала, што се постиже једноставним одлагањем исплате дивиденди. Многе савремене државе у својем домаћем праву имају посебна правила – тзв. *CFC* законодавство – чија је суштина у томе да спрече описано одлагање плаћања пореза уз коришћење страних правних лица, чија је једина или основна сврха управо да се плаћање пореза што дуже избегне, а која се оснивају у погодним пореским јурисдикцијама (пореским рајевима или државама које нису порески рајеви, али чије законодавство има за последицу незнатне пореске обавезе). Начелно, уколико резидентни порески обвезник има квалификовани власнички удео у нерезидентном правном лицу које није подложно значајном опорезивању у својој држави резидентства и то правно лице нема сопствено активно пословање (његови приходи се претежно састоје из пасивних прихода – прихода од дивиденди и удела у добити, капиталних добитака, накнада за коришћење права индустријске својине, одређених облика закупнине или камата), онда се уводи правна фикција да је добит тога правног лица расподељена власнику за сваки порески период, без обзира на то да ли је она стварно расподељена или не.[53] Када дивиденда буде заиста исплаћена власнику, онда он може умањити своју обавезу за претходно плаћен порез на приходе од капитала који му је наметнут по основу наведене правне фикције – *CFC* норме.

---

trative capacity of the Serbian tax administration continued to improve as a result of in tensive training efforts... However, despite good results in enforcement by the tax police, the general collection capacity of the administration improved only slightly", вид. *Serbia 2010 Progress Report*, European Commission {COM(2010) 660}, Brussels, 9 November 2010, paragraph 4.1.4.

[53] Вид. C. Finnerty *et al.*, 212 214; B. J. Arnold, S. Van Weeghel, „The Relation ship between Tax Treaties and Domestic Anti Abuse Measures", *Tax Treaties and Domes tic Law* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 87.

CFC законодавство је по први пут на свету уведено 1962. године у САД,[54] да би данас било присутно у великом броју развијених држава (на пример Велика Британија, Француска, Немачка, Италија),[55] при чему треба указати на то да и неке од нама суседних земаља познају оваква правила (на пример Мађарска).[56] Имајући у виду размере пореске евазије преко употребе страних правних лица за усмеравање улагања у Србију, али и друге јурисдикције, од стране српских пореских резидената, закључујемо да је, паралелно са неопходношћу да се почну примењивати постојећи прописи који уређују одређивање резидентства правних лица на бази критеријума стварне управе и контроле, нужно да српски законодавац узме у разматрање могућност прописивања *CFC* правила у нашем праву. То би отворило простор за борбу против пореске евазије у оним случајевима када није могуће утврдити да је страно правно лице порески резидент Србије по основу места стварне управе и контроле, а када би примена начела фактицитета из чл. 9 ЗППА (да се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини) изгледала „преамбициозном“, те изложена ризику да је Управни суд не потврди. Тек на овај начин би се, у највећој мери, затвориле могућности за избегавање плаћања пореза великих размера, које има веома штетне последице не само по фискални интерес државе Србије, него и по правичност пореског система, која представља једно од начела српског Устава.[57]

---

54 B. I. Bittker, L. Lokken, *Fundamentals of International Taxation,* Warren, Gorham & Lamont of Ria, USA 2007, 69 5.

55 C. Finnerty *et al.*, 214 218.

56 Вид. B. Szolgyemy, *passim*..

57 Вид. чл. 91, ст. 2 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

Dr. Dejan Popović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Svetislav V. Kostić, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

(AB)USE OF FOREIGN LEGAL ENTITIES FOR THE PURPOSES OF AVOIDING TAXATION IN SERBIA

Summary

The authors of this paper strive to show the basic tax reasons which lie behind the use of foreign legal entities by Serbian tax resident individuals for channeling investments into Serbia and other countries. Particular attention is given to the tax planning through the use of foreign legal entites and to the consequences, *i.e.* potential tax savings, which can be achieved by their use. The authors further point to the existing provisions of Serbian law, whose application could greatly curtail tax avoidance and tax evasion through the use of foreign legal entities by Serbian tax residents, and analyze the procedure and consequences of their application on both tax avoidance and tax evasion. At the very end, the authors note that the existing solutions, although potentially very efficient in the struggle against the detrimental consequences of tax evasion and tax avoidance, are not sufficient, and that it would be necessary to amend them on the basis of experiences of comparative tax law systems (CFC legislation).

Key words: *Foreign Legal Entity. – Resident. – Nonresident. – Tax Avoidance and Evasion. – Place of Effective Management and Control.*

УДК 340.5:342.4(100)

Др Владан Кутлешић

професор Факултета за државну управу и администрацију
Мегатренд Универзитета
vkutlesic@megatrend.edu.rs

ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА   УПОРЕДНА СТУДИЈА 194 ВАЖЕЋА УСТАВА

У раду се анализирају релевантна правна питања у вези са преамбулама устава (систематика, сигнација, величина и садржај преамбула), а не само до некле схоластичко и за њихов значај предимензионирано питање правне обавезности преамбуле. При анализи су коришћени сви на енглеском језику доступни текстови важећих устава. На тој основи формулисан је теоријски појам преамбуле који је делимично различит, а делимично прецизнији од онога који је до сада коришћен у теорији.

Кључне речи: *Устав. Појам преамбуле. Садржина преамбуле. Правна природа преамбуле.*

1. УВОД

У овом раду прво ће се сачинити упоредноправна анализа свих текстова преамбула важећих устава који су били расположиви на Интернету, нарочито на специјализованим *WEB* сајтовима (на пример, *Constitution Finder – Richmond University, IACL* база и др.), која обухвата 194 устава савремених држава.[1] Анализа обухвата низ

[1] То су Авганистан, Албанија, Алжир, Андора, Ангола, Антигва и Барбуда, Аргентина, Јерменија, Аустралија, Аустрија, Азербејџан, Бахами, Бахреин, Бангладеш, Барбадос, Белорусија, Белгија, Белизе, Бермуда, Бенин, Бутан, Боливија, Босна и Херцеговина, Боцвана, Бразил, Брунеј, Бугарска, Буркина Фасо, Бурунди, Камбоџа, Камерун, Канада, Капа Верде, Централна Афричка Република, Чад, Чиле, Кина, Колумбија, Комори, Конго (Бразавил), Кукова острва, Коста Рика, Хрватска, Куба, Кипар, Чешка, Данска, Џибути, Девичанска острва, Доминиканска република, Источни Тимор, Еквадор, Египат, Ел Салвадор, Екваторијална Гвинеја, Еритреја, Естонија,

релевантних питања у вези са преамбулама, а не само предимензионирано питање њене обавезности. Анализа ће обухватити још и систематику, сигнацију, величину и садржај преамбула, чиме ће слика о њима бити потпунија. Тек после тих излагања биће изложени аутору доступни теоријски ставови о преамбулама, што ће створити простор за довођење у везу емпиријског и теоријског. На томе ће бити засновано преиспитивање преовлађујућих ставова теорије уставног права о преамбулама. Такав приступ се чини оправданим, не само с обзиром на то да су она настала анализом малог броја преамбула,[2] већ и због тога што је више од половине сада важећих устава у свету, њих 96, донето после 1990. године, а од тога чак 27 после 2000. године. Дакле, има смисла проверити општепознате радове, парафразе и цитате које користи савремена литература о преамбулама, због тога што су они писани на основу анализе малог броја устава и то оних који су важили и пре више од 50 година.

Из тог разлога, на почетку ће се користити технички, а не теоријски појам преамбуле, који је одређује као текст који на почетку неких устава излаже околности, разлоге, основне вредности и циљеве доношења устава. Овакав претходни и непотпуни појам омогућиће нам методолошку свеобухватност. После тога, кроз саму анализу, градиће се целовит формални и материјални појам.

Писац је свестан ограничења и грешака које настају (и сигурно су настале) због тога што су коришћени енглески преводи текстова изворника устава, чији су изворници на другим језицима. Ови преводи не само да, сем неколико изузетака, нису ауторизовани, него су понекад приликом превођења англификовани, тј. превођени су по

Етиопија, Фиџи, Финска, Француска, Габон, Гамбија, Гибралтар, Грузија, Немачка, Гана, Грчка, Гренада, Гватемала, Гвинеја, Гвинеја Бисао, Гвајана, Хаити, Хондурас, Мађарска, Исланд, Индија, Индонезија, Иран, Ирак, Ирска, Израел, Италија, Јамајка, Јапан, Јордан, Казахстан, Кајманска острва, Кенија, Кирибати, Кувајт, Киргистан, Лаос, Литванија, Либан, Лесото, Либерија, Либија, Лихтенштајн, Летонија, Луксембург, Македонија, Мадагаскар, Малави, Малезија, Малдиви, Мали, Малта, Мауританија, Маурицијус, Мексико, Микронезија, Молдавија, Монако, Монголија, Црна Гора, Мароко, Мозамбик, Мијанмар, Намибија, Науру, Непал, Холандија, Нови Зеланд, Никарагва, Нигер, Нигерија, Науру, Северна Кореја, Норвешка, Оман, Пакистан, Палау, Панама, Папуа Нова Гвинеја, Парагвај, Перу, Филипини, Пољска, Португал, Пуерто Рико, Катар, Румунија, Русија, Руанда, Санта Луција, Самоа, Сан Марино, Сао Томе и Принципе, Саудијска Арабија, Сенегал, Србија, Сејшели, Сијера Леоне, Сингапур, Словачка, Словенија, Соломонска острва, Сомалија, Јужна Африка, Јужна Кореја, Шпанија, Шри Ланка, Сент Винсент и Гренади, Судан, Свазиленд, Шведска, Швајцарска, Сирија, Тајван, Таџикистан, Танзанија, Тајланд, Того, Тонга, Тринидад и Тобаго, Тунис, Турска, Туркменистан, Тували, Уганда, Украјина, Уједињени Арапски Емирати, Сједињене Америчке Државе, Уругвај, Узбекистан, Вануату, Ватикан, Венецуела, Вијетнам, Јемен, Замбија и Зимбабве.

[2] Ово је видљиво из више него скромног цитирања праксе и међусобног преузимања истих примера.

смислу који би та реч имала на енглеском језику и у англосаксонском праву или је, приликом превођења, мењана структура текста, односно његова архитектоника. Разуме се да се ти недостаци нису могли увек уочити и избећи, било због тога што изворник није објављен или је језик изворника аутору потпуно неразумљив. Ипак, чини се да и поред ових недостатака, подаци и закључци који следе не губе потпуно своју вредност, значај и употребљивост.

2. АНАЛИЗА ПРЕАМБУЛА

Најпре ваља истаћи важну чињеницу да од анализираних важећих устава, њих 54 нема преамбулу.[3] Дакле, тек нешто мање од једне трећине укупног броја устава обухваћених анализом не садржи преамбулу,[4] из чега даље произлази да, иако није обавезна, преамбула ипак представља убедљиво преовлађујућу особину савремених устава. Међу онима које је немају се, поред осталих, налази чак девет европских држава. Иако два устава преамбулу правно-технички и не могу имати (В. Британија и Шведска),[5] осталих седам припадају групи референтних, угледних уставних текстова (Италија, Аустрија, Холандија, Белгија, Данска, Финска и Норвешка). Ако је одсуство преамбула у уставима ових „важних" држава сигнификантно, не треба занемарити ни остале такве уставе, нарочито уколико би се те државе погрешно сматрале нерелевантним и егзотичним, јер су често главни консултанти и редактори тих устава били данас афирмисани експерти из САД и Европе.

2.1. Систематика и сигнација

Међу уставима који садрже преамбуле, у погледу њеног места, уочавају се две групе. Мању чини 19 устава, код којих се текст преам-

[3] Ангола, Аустрија, Бахами, Барбадос, Белгија, Боливија, Боцвана, Брунеи, Велика Британија, Канада, Чиле, Кукова острва, Кипар, Данска, Џибути, Доминиканска република, Ел Салвадор, Финска, Гана, Исланд, Израел, Италија, Јамајка, Јемен, Јордан, Зимбабве, Замбија, Лесото, Луксембург, Малезија, Малдиви, Малта, Мијанмар, Маурицијус, Мексико, Холандија, Нови Зеланд, Норвешка, Оман, Катар, Румунија, Сан Марино, Саудијска Арабија, Санта Луција, Сент Винсент и Гренада, Сијера Леоне, Сингапур, Шведска, Тајланд, Тонга, Бермуда, Кајманска острва, Гибралтар, Девичанска острва, Уругвај и Ватикан.

[4] Занимљиво је и то да у неким државама кад се упореде важећи са ранијим уставима има примера сталног одсуства преамбула нпр. Белгија, Холандија, сталног коришћења преамбуле нпр. Швајцарска и Србија, као и примера промене праксе: нпр. претходни устав није имао преамбулу (Албанија, Турска, Бугарска) а сада важећи је има.

[5] Оба устава су некодификована, а у случају В. Британије део није ни писан.

буле налази испред назива самог акта (устав).[6] При том је занимљиво да се и у првом уставу на свету – Уставу САД, преамбула налази пре назива акта. Другу групу чини већина, код којих се преамбула налази после назива „устав“.[7] За ову чињеницу припадници дела класичне и старије теорије везивали су кардиналне правне последице, мада се у ствари ради о малом броју устава, због чега немају такав значај.

Следеће питање важно за утврђивање појма преамбуле јесте да ли текст, који смо претходно технички одредили као преамбулу, има свој наслов – назив у тексту устава. Међу уставима који преамбулу имају (у датом техничком значењу), само њих 47 нема наслов, односно назив тог текста.[8] Произлази да преовлађујући број важећих устава не само да имају текст који одговара појму преамбуле, већ су је они баш тако и назвали. Више од тога, треба закључити да су у питању преамбуле, чак и кад тај текст потпуно не одговара техничком појму преамбуле, због тога што се под тим називом налазе у уставу. Корак даље у овој анализи открива да од 93 устава који имају назив испред текста преамбуле, њих 87 употребљава управо реч преамбула (лат. увод), док њих шест то чини на нешто другачији начин.[9] Чини се да и ови устави (сем Шри Ланке) у својим називима нису отишли ван најширег обима значења речи „преамбула“.

Занимљиво је да се код устава Белорусије и Индонезије преамбула јавља и код текстова уставних промена, тј. пре текста амандмана на ове уставе. Преамбуле имају и Повеље о људским правима уз канадски и чешки устав, које су донете као одвојени акти,

[6] То је случај у Јерменији, Бахреину, Бугарској, Буркини Фасо, Коста Рики, Египту, Естонији, Гватемали, Гвајани, Литванији, Црној Гори, Никарагви, Парагвају, Србији, Словенији, Шпанији, Шри Ланки, Сједињеним Америчким Државама и Ве нецуели.

[7] Приликом анализе положаја преамбуле у односу на назив („устав“) код 16 чланица Комонвелта, које су уставе добиле кроз акт британске круне (на пример, *BNAA British North America Act* канадски Устав, *Commonwealth of Australia Con stitution Act* Устав Аустралије) и који се налазе у оквиру тог акта, без обзира на то што преамбула претходи називу „ устав“, сматрали смо да је она у оквиру устава, јер су обоје делови у оквиру акта британске краљице.

[8] То су устави Антигве и Барбуде, Јерменије, Аустралије, Азербејџана, Бели зеа, Белорусије, Бугарске, Коста Рике, Еквадора, Естоније, Фиџија, Гамбије, Грузије, Гренаде, Гватемале, Мађарске, Ирске, Јапана, Казахстана, Кеније, Кирибатија, Кувајта, Киргистана, Летоније, Лихтенштајна, Малавија, Молдавије, Монака, Монголије, Црне Горе, Мозамбика, Науруа, Нигерије, Панаме, Пуерто Рика, Сан та Луције, Србије, Соломонских острва, Тајвана, Таџикистана, Тринидада и Тобага, Туркменистана, Украјине, Уједињених Арапских Емирата, Сједињених Америчких Држава, Вануатуа и Замбије.

[9] Тако Устав Танзаније тај текст назива „Преамбула основе Устава“, Устав Северне Кореје га одређује као: „Увод“, Устав Бахреина: „Увод предговор Уста ву“, Устав Хрватске: „Изворишне основе“, Устав Египта: „Уставна прокламација“, а Устав Шри Ланке: „Свати“ (свеопшти мир санскрит).

али са истом правном снагом, и представљају целину, односно ради се о некодификованим уставима који се састоје из та два дела.

2.2. Величина преамбула

Пре излагања о величини преамбула, ваља поново истаћи да су се овде користили доступни енглески преводи устава, што се мора имати у виду, јер утиче на потпуну прецизност података. Посебно је то важно за одређивање величине преамбуле, пошто ће се она мерити и изражавати бројем речи, а нотoрно је да се иста садржина у разним језицима изражава различитим бројем речи, односно словних знакова. Због тога су резултати који следе значајни индикативно и релативно, а не апсолутно.

Најкраћу преамбулу међу разматраним уставима, имају устави Грчке (1975, 1986, 2001, 2008) од 11 речи,[10] које гласе: „У име светог и једнородног и недељивог тројства", а њему близак је и Устав Летоније (1922. и 1993) са 15 речи: „Народ Летоније на слободно изабраној Уставотворној скупштини је усвојио следећи државни устав".

Најдужу преамбулу без конкуренције има Устав Ирана (1979, 1989, 1994, 1995) који садржи 3.073 речи. Поред њега више од 1.000 речи имају још само два устава: Папуа Нове Гвинеје – 2.108 речи и кинески – 1.071 реч. Од 500 до 1.000 речи имају преамбуле осам устава (од 560 ирачки, хрватски 662, до 899 сиријски). Од 400 до 500 речи имају преамбуле 11 устава (на пример, Конго 302, Турска 462 речи), од 300 до 400 речи имају 15 преамбула устава (на пример, УАР – 302, Сенегал 396), од 200 до 300 речи имају преамбуле устава 30 држава (на пример, Мадагаскар 201, Либија 271), од 100 до 200 речи имају 36 преамбула (на пример, Француска 101, Јужна Африка 191). До 100 речи имају преамбуле устава 37 држава.

Све у свему, 103 имају преамбуле су величине до 300 речи, што је скоро две трећине укупног броја анализираних преамбула, а опширне преамбуле, од преко 500 речи, има само 12 устава.[11] Занимљива

[10] У прилог наведене напомене говори већ први пример, јер на енглеском има 11 речи, на грчком језику исти текст има десет речи, а на српском чак још мање осам. Због тога је можда свођење на исти језик, једини начин за релевантно поређење.

[11] Преко 300 речи у преамбулама имају Устав Конга 304, Устав УАР 302, Устав Никарагве 307, Устав Пољске 319, Устав Авганистана 312, Устав Свазиленда 324, Устав УАЕ 325, Устав Либана 326, Устав Бахреина 326, Устав Комора 335, Устав Чада 363, Устав Сенегала 396, Устав Алжира и Гвајане 395, Устав Гвинеје Бисао 409, Устав Сао Томе и Принципе 417, Устав Сејшела 423, Устави Пакистана и Вијетнама 428, Устав Бурундија 423, Устави Фиџија и Белизеа 434, Устав Турске 462, Устав Ти мора 461, Устав Ирака 531, Устав Северне Кореје 560, Устав Аустралије 658, Устав

чињеница је да само три устава европских држава имају више од 200 речи у преамбули и то су устави Македоније (219), Пољске (319) и Хрватске (662).

2.3. Садржај преамбула

При анализи садржаја, најпре се издваја 15 устава чије преамбуле садрже само свечани текст, који нема значење *per se*, већ служи само да би се указало на значај и важност устава као акта или представља опис свечане процедуре доношења устава.[12] Када се искључи наведена специфична, али веома мала група устава, остали устави имају преамбуле са конкретним садржајем. Њихов садржај се односи на теме које се могу разделити у четири типичне велике целине: циљеви и вредности, бог и религија, историја и упућивање или позивање на друге акте. Ван овога остају три преамбуле екстремне дужине (иранска, папуанска и кинеска), чије садржаје није могуће навести ни груписати, због њихове разнородности и бројности.

Садржина преамбула потврђује полазно сазнање да је тај део текста Устава специфичан по свом тону, односно дикцији. Наиме, потврђује се да преамбула има јаче наглашен свечани тон, што се постиже како дикцијом, тако и „тешким“ речима, уз мноштво јаких епитета. Ово је очигледно, иако се и други делови устава од других правних аката разликују по другачијој интонацији. Међутим, унутар те опште карактеристике, која одликује све преамбуле, издвајају се и посебне подгрупе преамбула. Прву чине 13 наглашено свечаних текстова преамбула устава, где је ова особина приметно израженија него у другима,[13] а другу подгрупу чине преамбуле 12 устава које су изразито литерарног типа, тј. нису писане службеним језиком, већ књижевним, понегде чак и поетски.[14]

Анализа непосредног садржаја преамбула показује да се циљеви и вредности налазе код скоро свих преамбула, тачније, има их у 121-ој преамбули. Међу њима постоје разлике у броју наведених набројаних вредности, односно циљева, и то у распону од само једног (Андора, Коста Рика, Србија), преко 24 (Комори) и 26 (Кина),

Хрватске 662, Устав Тувалија 716, Устав Египта 710, Устав Капа Верде 688, Устав Камеруна 834, Устав Сирије 899.

[12] Такав садржај преамбуле имају устави Грчке, Алжира, Лаоса, Летоније, Либана, Лихтенштајна, Монака, Науруа, Никарагве, Северне Кореје, Панаме, Перуа, Сао Томе и Принципеа, Судана и Аустралије.

[13] Еквадор, Египат, Микронезија, Мозамбик, Пакистан, Папуа Нова Гвинеја, Гвинеја, Индија, Ирак, Кенија, Маршалска острва, Замбија и Свазиленд.

[14] Овде спадају преамбуле устава Сирије, Кине, Источног Тимора, Тајланда, Португала, Вијетнама, Венецуеле, Гватемале, Хрватске, Ирана, Лаоса и Северне Кореје.

све до Папуа Нове Гвинеје и Ирана, где је тај број далеко већи. Даља анализа показује да значајна већина преамбула садржи до десет наведених циљева, а да су међу њима најбројније државе чије преамбуле имају између пет и десет дефинисаних циљева.[15]

Као вредности које садрже, најчешће се наводе суверенитет, независност, територијални интегритет, демократија, владавина права, социјална правда, правда, слобода, једнакост, равноправност и људска права. Ређе се у преамбулама налазе вредности као што су: миројубиви међународни односи, напредак, благостање, плурализам, хуманизам, заштита мањина, једнакост пред законом, самоопредељење. Ретко се у преамбулама могу наћи као циљеви и: породица, заштита природе, братство, вишепартијски систем, подела власти, независно судство, децентрализација, истина. Посебно су занимљиви примери помињања необичних вредности, као што је поштовање старијих (Еритреја), живот у хармонији (Фиџи, Либерија, Украјина), осуда непотизма, трибализма, кланизма и клиентизма (Конго), мирна промена власти (Мађарска), мудрост (Ирска), оданост САД-у (Порто Рико), фер односи власти и опозиције (Сенегал), одговорност извршне власти парламенту (Соломонска острва), срећа становништва (Тували), поступно увођење демократије (Уједињени Арапски Емирати). Најдаље у томе су одмакли искази у преамбули Амандмана из 2006. године на Устав Индонезије, у коме се каже да се та измена „доноси после озбиљног проучавања и анализирања“, као и у преамбули Устава Непала, где пише да је „устав сачињен уз највеће могуће учешће народа“ (иако је лични акт – октроисани устав монарха). Карактеристично је, такође, да четири државе које имају територијалне проблеме, своје циљеве у вези с тим уносе у

[15] До пет циљева вредности, садрже 27 преамбула, и то: једна вредност Андора, Коста Рика, Србија; две вредности Куба, Гамбија, Самоа, Словенија; три вредности Аргентина, Немачка, Казахстан, Мароко, Венецуела; четири вредности Гвинеја Бисао, Мађарска, Јапан, Либија, Пуерто Рико, Словачка и пет вредности Бахреин, Капа Верде, Малави, Мозамбик, Палау, Парагвај, Португал, Русија, Таџикистан). Од пет до десет циљева вредности се налази у 49 преамбула, и то: шест вредности Арменија, Белорусија, Камбоџа, Габон, Грузија, Гватемала, Гвинеја, Кирибати, Сирија, Украјина, Танзанија, САД; седам вредности Гренада, Хондурас, Македонија, Мадагаскар, Микронезија, Пољска, Јужна Африка, Шри Ланка, Свазиленд, Туркменистан, Уганда и Украјина; осам циљева Колумбија, Индонезија, Намибија, Шпанија, Швајцарска, Того; девет циљева Авганистан, Источни Тимор, Екваторијална Гвинеја, Естонија, Фиџи, Ирска, Кенија, Филипини, Руанда, Узбекистан и Тринидад и Тобаго; десет циљева вредности Хрватска, Чешка, Естонија, Кувајт, Литванија и Пакистан. У преамбулама 34 устава налази се између 11 и 20 циљева вредности, и то: 11 циљева Бразил, Еритреја, Киргистан, Црна Гора, Нигерија, Санта Луција, Соломонска острва; 12 циљева Бангладеш, Гвајана, Ирак, Турска; 13 циљева Буркина Фасо; 14 циљева Босна и Херцеговина, Уједињена Арапска Република, Нигер; 15 циљева вредности Бугарска, Либерија, Замбија, Азербејџан, Египат; 16 циљева Сенегал; 17 циљева Албанија, Бенин, Тунис; 19 циљева Белизе, Чад; 20 циљева Бурунди, Мауританија, Антигва и Борбуда.

преамбулу: то су Устав Кине (уједињење с Тајваном); Устав Пакистана (уједињење са другим територијама у федерацију); Устав Србије (Косово и Метохија као саставни део Србије и његов аутономни статус); Устав Јужне Кореје (мирно уједињење домовине), а сличан је карактер имао и некадашњи Устав СРЈ, потенцирајући државноправни континуитет СРЈ са СФРЈ.[16]

Другу групу типичних садржаја у преамбулама устава представљају излагања о историјском развоју и важним догађајима за ту државу. Таквих преамбула има 56. У овој групи се, на једној страни, као веома кратак овакав текст издваја прембула Устава Пакистана, а на другој страни, као изузетно опширан, текст у Уставу Ирана.[17] Упадљива је чињеница да се међу 56 преамбула које имају историјске садржаје налази само 11 из Европе, а међу њима је само Португалија из групе западноевропских држава.

Трећу групу типичних садржаја у преамбулама чини позивање на Бога или други религијски садржаји и они се налазе у 60 преамбула устава.[18] У већини оваквих преамбула овај текст није опширан, понекад се састоји од само неколико речи (Устав Швајцарске: „У име Бога свемогућег....“), али постоји и пример преамбуле Устава Авганистана где је то веома обиман текст. Посебан пример је преамбула Устава Ирана, па и сам уставни текст, који је у основи у целини религијски. Анализа такође показује да је од 60 преамбула са верским садржајем само седам из Европе и, друго, да се већина ових преамбула односе на исламску веру. Занимљиво у вези с тим је да

[16] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 41 ову тематску област неких преамбула с правом назива „горућа питања“, из чега проистиче потреба уставотворца да их укључи у текст преамбуле. Устав Аргентине исту тему   територијални проблем са острвима Малвини (Фолкланди)   садржи у нормативном делу текста и то у дикцији обавезе државних органа да те територије врате у састав Аргентине.

[17] Опширније историјске садржаје имају преамбуле устава Бурундија, Камеруна, Источног Тимора, Еритреје, Гамбије и Вијетнама, а веома опширне историјске текстове имају Кина, Хрватска, Сао Томе и Принципе и Сирија. Остале преамбуле, које су већина, имају краће текстове и ту се налазе устави: Авганистана, Азербејџана, Алжира, Египта, Никарагве, Украјине, Бангладеша, Белорусије, Камбоџе, Чада, Кубе, Фиџија, Гвинеје Бисао, Гвајане, Ирака, Јапана, Тувалија, Уганде, Вануатуа, Ирске, Лаоса, Либерије, Либије, Македоније, Малавија, Маршалских острва, Микронезије, Мозамбика, Намибије, Никарагве, Нигера, Панаме, Пољске, Португала, Русије, Руанде, Словачке, Словеније, Јужне Кореје, Шри Ланке, Тогоа, Турске и Венецуеле.

[18] Ту спадају: Авганистан, Албанија, Тували, Алжир, Бахреин, Бангладеш, Белизе, Бутан, Бразил, Колумбија, Уганда, Комори, Конго, Коста Рика, Екваторијална Гвинеја, Фиџи, Гамбија, Немачка, Украјина, Грчка, Гренада, Гватемала, Хондурас, Индонезија, Иран, Ирак, Ирска, Кенија, Кирибати, Кувајт, Вануату, Либерија, Лихтенштајн, Мадагаскар, Маршалска острва, Мауританија, Науру, Нигерија, Палау, Панама, Парагвај, Перу, Филипини, Венецуела, Свазиленд, Швајцарска, Јужна Африка, Пољска, Пуерто Рико, Антигва и Барбуда, Руанда, Санта Луција, Самоа, Египат, Сејшели, Соломонска острва, Судан, Никарагва, Тринидад и Тобаго, Тунис.

се преамбула Устава Пољске поред верника обраћа и атеистима, а преамбула Устава Јужне Африке на крају има исти текст написан на шест језика: „Боже благослови Јужноафричку Републику".

У трећој групи су 19 преамбула у којима се позива на међународне документе, универзалне или регионалне, а најчешће на Повељу ОУН и њену Универзалну декларацију о људским правима, Афричку повељу и Декларацију о људским правима, Конвенцију о заштити жена и деце.[19] И у овој групи преамбула само је једна из Европе.

У три преамбуле, али због тога не у нормативном делу тих Устава, налазе се одредбе о слободама и правима човека (Француска, Комори и Камерун), а у преамбули Устава Либана налазе се и основне одредбе овог устава.

Важно је уочити и истаћи да скоро све преамбуле одређују доносиоца устава. Изузетак чини само 12 преамбула, које то не одређују (Капа Верде, Чад, Кина, Хрватска, Лаос, Либан, Монако, Мароко, Северна Кореја, Панама, Сирија, Вијетнам). Од преосталих преамбула, њих 87, као доносиоца наводи народ (у енглеском тексту *people* или *nation*).[20] У 26 преамбула је наведено да устав доноси парламент.[21] У пет преамбула су као доносиоци наведени грађани (устави Кубе, Чешке, Македоније, Пољске и Србије). Припадајући у тзв. октроисане – подарене уставе,[22] у четири преамбуле пише да је њихов доносилац појединац – владар: Бахреин, Кувајт, Лихтенштајн, Уједињена Арапска Република (више владара).

[19] Овакав садржај налазимо у преамбулама устава Авганистана, Бенина, Бос не и Херцеговине, Буркине Фасо, Камеруна, Уједињене Арапске Републике, Чада, Комора, Конгоа, Екваторијалне Гвинеје, Француске, Габона, Гвинеје, Мадагаскара, Малија, Мауританије, Марока, Сенегала и Тогоа.

[20] То се среће у уставима Авганистана, Аустралије, Албаније, Алжира, Андоре, Антигве и Барбуде, Јерменије, Бангладеша, Белорусије, Белизеа, Бенина, Босне и Херцеговине, Буркине Фасо, Бурундија, Камбоџе, Камеруна, УАР, Комо ра, Конго Бразавила, Конго Киншасе, Египта, Еритреје, Естоније, Етиопије, Фиџија, Француске, Габона, Гамбије, Грузије, Немачке, Гранаде, Гвајане, Хаитија, Индије, Индонезије, Ирака, Ирске, Казахстана, Кеније, Киргистана, Летоније, Либерије, Литваније, Македоније, Мадагаскара, Малавија, Маршалских острва, Мауританије, Микронезије, Монголије, Намибије, Науруа, Непала, Нигера, Нигерије, Пакиста на, Папуа Нове Гвинеје, Парагваја, Филипина, Порто Рика, Русије, Санта Луције, Самое, Сенегала, Сејшела, Словачке, Соломонских острва, Јужне Африке, Јужне Кореје, Шпаније, Шри Ланке, Судана, Турске, Туркменистана, Тувалуа, Свазилен да, Швајцарске, Таџикистана, Танзаније, Тогоа, Тринидада и Тобага, Уганде, САД, Либије, Узбекистана, Вануатуа, Венецуеле

[21] Бутан, Бразил, Бугарска, Коста Рика, Источни Тимор, Гватемала, Гвинеја Бисао, Хондурас, Мађарска, Иран, Молдавија, Црна Гора, Либија, Мозамбик, Ни карагва, Перу, Португал, Руанда, Сао Томе и Принципе, Словенија, Тајван, Тунис, Украјина, Јапан, Колумбија, Аргентина.

[22] Р. Марковић, 40 41; М. Пајванчић, *Уставно право*, Нови Сад 2005, 65 66.

3. ТЕОРИЈСКО ИЗВОЂЕЊЕ

Пошто је преамбула устава текст који се на први поглед јасно и значајно разликује од осталог текста устава, неизбежно је било да се постави питање њене природе, односно да се појави сумња у њену истоврсност са остатком текста устава, што генерише различита схватања.

3.1. Правна природа преамбуле – преглед схватања

У српској уставноправној литератури, преамбулама устава је само једном посвећена целовитија монографска обрада, у познатој упореднотеоријској студији највећег српског конституционалног компаративисте Миодрага Јовичића.[23] Пре и после тога о овом питању писало се само кратко, и то као део ширих расправа о структури устава, по правилу у уџбеницима уставног права.[24] Дакле, у домаћој литератури о овом питању продубљени приступ је једино заступљен у студији М. Јовичића. Ту се овој теми посвећује 26 страна, наводи се већи број примера, а тај рад је нарочито значајан због богатог прегледа ставова иностраних аутора, обухватајући 29 писаца који су радове објавили у распону од 1914. године (А. Есмен) до 1973. године (Ж. Риверо). Тај преглед ставова ће и овде бити коришћен као полазиште, али у другачијој класификацији и уз допуну са неколико савремених схватања.

Пре расправе о ономе што је спорно, треба указати на то да постоје случајеви где су сами устави разрешили питање свог односа са преамбулом, па тиме и питање њене правне природе. Такво решење срећемо у осам устава (Сирије, Чада, Комора, Сенегала, Танзаније, Турске, Тувала и Хрватске) и код свих њих је утврђено да је преамбула саставни део устава, што значи и да им је правна природа иста.[25] Шест од ових устава су то учинили изричитом тврдњом да је преамбула саставни део устава (Чад, Комори, Сенегал и Тували у самој преамбули, а Сирија и Турска у нормативном делу текста).

---

[23] М. Јовичић, *О уставу*, Београд 1977.

[24] Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, Београд 2008, 43 44; Д. Стојановић, *Уставно право*, Ниш 2004, 70; С. Савић, „О правној природи преам буле устава“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/2000, 283 294. При томе, само уџбеник проф. Р. Марковића обогаћује и шири тему даље и више, док сви остали веома оскудно парафразирају М. Јовичића, чак не увек уз упућивање на њега.

[25] Занимљиво је да М. Јовичић наводи да је према тада важећем Уставу Тур ске из 1961. године било предвиђено потпуно супротно решење, тј. да преамбула није саставни део устава (данас у Турској важи Устав из 1984. године), а наводи само Чад и Сирију као примере где је преамбула одређена као део Устава, вид. М. Јовичић, 123.

За два устава овај закључак произлази из пуног назива преамбуле (Танзанија: „Преамбула – Основе Устава", Хрватска: „Изворишне основе").[26] Произлази да се само код малог броја устава питање правне природе преамбуле не може ни поставити. Због тога се схватања о правној природи преамбуле могу наћи код бројних аутора. Занимљиво је да међу њима једино М. Јовичић наводи случајеве када решење садрже сами устави и те случајеве сматра неспориво решеним, у складу са оним како су устави утврдили,[27] што се и писцу овог текста чини исправним, иако сви други, углавном страни, бројни аутори, уопште те случајеве ни не помињу.

Пре опредељивања о правној природи преамбула, треба узети у обзир да су преамбуле других девет устава мењане после њиховог доношења и то по ревизионом поступку за промену устава: то су преамбуле устава Француске, Немачке, Индије, Турске, Хрватске, Замбије, Бахреина, Маршалских острва, а у случају устава Босне и Херцеговине промене су вршене чак два пута.[28] Посебан случај је преамбула Устава Аустралије о чијој измени се одлучивало на референдуму 1999. године.[29]

Као куриозитет, али уз упозорење да се случај догодио у високо политизованој, национално и политички конфликтној ситуацији, наводимо да је Уставни суд Босне и Херцеговине 2000. године испитивао однос преамбуле Устава Републике Српске и преамбуле Устава Босне и Херцеговине, утврђујући да је она прва неуставна.[30]

Претрагом прецедентних извора – пресуда Врховног суда САД, налази се стотинак одлука, и то још од 1808. године, у којима се он позивао на поједине садржаје у Преамбули Устава САД. Исто тако, судови у Канади су у односу на преамбулу тог устава имали различиту праксу, а Врховни суд Аустралије је преамбулу тог устава користио као помоћ при тумачењу устава.[31] Бројни судови у Француској (између осталих Касациони суд и Државни савет – највиши управни суд) позивали су се на преамбулу француског Устава. Посебан значај има то што је Уставни савет Француске својом одлуком први пут

---

[26] Исту оцену вид. и код П. Хаберле, „Хрватски устав (1991) у еуропској правној успоредби", *Политичка мисао* 1/2000, 50.

[27] Посебно преамбула Устава Тувала: „преамбула је основа устава и водиља тумачења за све нивое власти".

[28] Други пут је један амандман (XVII) променио ранији амандман (II).

[29] Измена се односила на формални суверенитет Уједином Краљевства, тј. предложено је да Аустралија не буде више формално монархија.

[30] Пресуда Уставног суда БиХ, У бр. 5/98.

[31] M. J. Adler, W. Gorman, *The American Testament*, New York 1975, 63 118; M. McKenna, A. Simpson, G. Williams, „First Words: The Preamble to the Australian Constitution", *University of New South Wales Law Journal* 382/2001.

1971. године формално утврдио да преамбула има снагу устава,[32] а исто је поновио и 2008. године.[33]

У страној уставноправној литератури је ово питање више пута расправљано и то највише међу француским ауторима. Највећи број страних писаца сматра да преамбула нема правну природу, па због тога ни правну обавезност. За такав став једни наводе формалне разлоге[34] (преамбула претходи уставу, нема чланове, нема санкцију), а други јој одричу правну природу и обавезност због њене садржине, тј. због тога што није правило понашања, односно није правна норма.[35]

Мању групу чине они који констатују да све преамбуле нису исте и да, зависно од њихове садржине, могу постојати и оне које имају правну природу и обавезност. Ова схватања су се прво појавила у вези са необичном садржином преамбула устава Француске из 1946. и 1958. године, односно због чињенице да је у њих укључена Декларација о правима човека и грађанина из 1789. године, услед чега устав нема други текст о тим питањима. Дакле, били су принуђени да овом делу Преамбуле признају правна – уставоправна својства, да би слободе и права човека добиле уставну снагу и обавезност. Ослањајући се на ове ставове, М. Јовичић их је уопштио и на основу тога разврстао преамбуле на оне са ванправном наменом, које су корисне јер служе тумачењу[36] и на преамбуле које имају правну природу и које „личе" на норме (на пример, преамбуле француских устава).[37]

---

[32] J. Rivero, *Droit administrative*, Paris 1973, 53.

[33] F. Hamon, M. Troper, *Droit Constitutionnel*, Paris 2009[21], 435.

[34] E. S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton 1954[11], 101; M. Mignon, „La Valeur Judique du Preambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence", *Recueil Dalloz*, Cronique, 30/1951, 128; L. Favoreau, P. Gaia, *Droit Constitutionnel*, Paris 2009[9]; F. Hamon, M. Troper, G. Ripert, *Le Decline de Droit*, Paris 1949, 14; P. Lampué, *Nature Juridique de l'Union Francaise*, Paris 1947, 5.

[35] Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951, 251; M. Bridel, *Precis de droit constitutionnel et public suisse*, Lausanne 1965, 106; G. Ripert, *Le decline du droit*, Paris 1949, 14; G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1965, 68; F. A. Ogg, P. O. Ray, *Introduction to American Government*, New York 1956, 28; W. J. G. Van der Meersh, *Introduction au droit constitutionnel compare*, Luxembourg 1959, 12; J. Laferrier, *Mannuel de droit constitutionnel*, Paris 1948, 945; M. Prelot, *Precis de droit constitutionnel*, Paris 1958, 335; R. Pelloux, „Le preambule de la constitution de 1946", *Revue de droit public et de la science politique*, Paris 1947, 394. Пајванчић ово одрицање правне природе преамбуле назива „критиком позитивистичког приступа", губећи из вида да питање правне природе и не постоји ван позитивизма, вид. М. Пајванчић, 68.

[36] М. Јовичић, 130 131 и преузимањем њега сви други цитирани домаћи ау тори, осим Р. Марковића, који изводи оригинални, сопствени став.

[37] *Ibid.*, 127. При томе, Јовичић је указао да се „често" преамбуле налазе по сле наслова, што значи да су „често" у саставу устава, али без квантификације. Из спроведене анализе видимо да, у суштини, ствари стоје обрнуто.

Трећу, малобројну групу чине они аутори који преамбули придају исту природу и обавезност као и осталим деловима устава у коме се налазе, указујући да су донети по истом поступку. [38]

3.2. Реални појам преамбуле устава

Ослањајући се на анализу која је извршена, могуће је извести реалан – стварни појам преамбуле устава. Преамбула је данас део устава, текст који се по правилу налази на његовом почетку, после назива „устав", са насловом који је управо тако именује. Овај текст је најчешће обима до 300 речи, нема типичну нормативну структуру, а изрека је у наглашено свечаној терминологији и дикцији. Садржај преамбуле се односи на циљеве и вредности ка којима се доношењем устава тежи, при чему су десет од њих типични, и то: сувереност, независност, интегритет, демократија, владавина права, социјална правда, слобода, једнакост, равноправност и људска права. Скоро половина свих преамбула садрже историјска излагања или религијске садржаје. У типичној преамбули налази се и означење доносиоца устава и то је, са мало изузетака, народ.

Наведени појам заснива се на следећим утврђеним чињеницама: од 194 доступна устава, њих 140 има овај текст. Од 140 ових текстова, 115 преамбула се налази после назива „устав"; њих 87 има наслов „преамбула". Обима до 300 речи су 103 преамбуле, њих 120 има конкретан садржај (остале су само свечани текст). Од 120 преамбула које имају конкретан садржај, њих 115 има циљеве и вредности, а њих 76 обухвата десет најчешћих, који се понављају. Од 120 преамбула које имају конкретан садржај, 56 има и историјска излагања, а 61 преамбула има (више или мање) религијских садржаја. Доносиоца устава одређују 122 преамбуле и то је у 90 од њих народ.

С обзиром на то да анализирани устави припадају државама и народима са свих континената, свих раса и култура, овако висок проценат поклапања апстрахованог и генерализованог појма из реалне појаве, говори о малом броју и малој величини разлика и специфичности. По свему судећи, савремена свеопшта глобализација и хармонизација су достигли толико висок степен, да се то одразило и на висок степен уједначавања преамбула устава.[39] При томе, ова-

[38] G. Vedel, *Manuel elementaire de droit constitutionnel*, Paris 1964, 326; J. Gic quel, J É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 2009[23]. Овој групи припадају и неки аутори из бивших социјалистичких држава, али их М. Јовичић, 132 дисквалификује због идеолошке пристрасности (S. Rozmaryn, B. Topornin, I. Ko vacs, „Preamble of a Constitution: Its Legal Nature and Implications", *Juridica* 9/1996, 442 450).

[39] У том процесу одређену улогу несумњиво имају и тзв. правни транспланти, вид. више А. Вотсон, *Правни транспланти,* Београд 2010[2]; исти, „Право у књигама,

кав закључак не значи, а то се из анализе и види, да су разлике и специфичности потпуно нестале или да су оне уопште безначајне, већ само да су без важнијег утицаја на садржину појма, односно да су остале на нижим степенима апстракције.

3.3. Реална правна природа преамбуле

Изложена анализа и изведени реални појам преамбула нужно воде критичком преиспитивању преовлађујућих ставова уставноправне теорије о њеној правној природи. При томе, подсетимо да су, према подацима с којима располажемо, судови у САД, Канади, Француској и Аустралији и управни органи у Француској, преамбули признавали правна својства онда када је то питање било део другог правног питања које су они решавали. Наравно, у случају САД, Канаде и Аустралије, није им био циљ да реше теоријски проблем, већ да сагласно принципима англосаксонског права реше спор (нарочито с обзиром на одсуство хијерархије правних извора и прецедент као извор права). Француска пракса је била условљена дилемом: или је преамбула правне природе или слободе и права нису уставом прописани и заштићени.

Чини се да не треба прихватити схватања која одричу правну природу преамбулама на основу њихових појединих формалних својстава, као што су: да није део устава ако је тај текст пре назива (Корвин, Мињон, Јовичић), да нема чланове (Мињон, Рипер, Лоипе) или због тога што нема санкцију (Фаворе).

Ово мишљење заснивамо на следећим разлозима. Прво, тврдња да преамбула није део устава зато што се налази пре наслова „устав" није релевантна, јер је то у пракси случај у само 19 од 134 устава. У вези с тим посебно подсећамо да наслов није почетак код свих правних аката и у свим правним системима. Тако, код судског и управног акта у европском континенталном праву постоје текстови пре наслова који одређују његову формалну природу; у англосаксонском праву често, а у европском ређе, такви текстови постоје и пре наслова и после краја акта (додаци и апендикси). Дакле, кад ови текстови не би били саставни део пресуде или решења и кад не би имали исту правну природу, другостепена одлука о стварној, месној надлежности, са-

закон и стварност: упоредноправни поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007. О дифузионистичком објашњењу повезаности у савременим правним системима вид. више D. A. Westbrook, „Theorizing the Diffusion of Law in an Age of Globalization: Conceptual Difficulties, Unstable Imaginations, and the Effort to Think Gracefully Nonetheless", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Re view* 3/2008, 159; Д. Дабовић, „Усклађивање права у процесу глобализације", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 165.

ставу већа, односно надлежности органа, не би ни могла да буде донета. Заступати оспорени став може се само уз потпуно игнорисање праксе и познавања номотехнике.

Друго, одрећи правну природу преамбули зато што нема чланове, значи одрећи легитимитет англосаксонске или друге ваневропске правне технике која се јасно разликује од европске, нарочито германске, између осталог и по обликовању текста. Треће, кад би одсуство санкције искључивало правну природу неког текста, велики број правних аката би изгубили то својство (што је ноторна чињеница за све оне који практично раде са прописима), јер се санкцијом штити само мали број важних правила. Кад су уставни текстови у питању, аутору није позната ниједна одредба која има директну санкцију, већ се то чини само преко санкционисања те садржине у законима. Поред тога, један број одредби уопште и не може бити санкционисан, јер се не може индивидуализовати прекршилац или радња прекршаја или код појединачних аката нема жалбе или судске заштите. Примери су бројни и могу се наћи у свим уставима,[40] а из Устава Србије од 2006. године као примере наводимо: „Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима" (чл. 3, ст. 1); „Правни поредак је јединствен" (чл. 4, ст. 1); „Државна власт је ограничена правом грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу" (чл. 12, ст. 1); „О народној скупштини се доноси закон" (чл. 110); итд.[41]

Бројни и угледни уставноправни аутори (Келзен, Бридел, Рипер, Бирдо, Ог и Реј, Ганшхоф, Леферијер, Пелу, Хамон и Тропе, као и други) одрекли су правну природу преамбулама због њихове садржине, тј. због тога што она није правило понашања, већ има друге садржаје. Иако се овим ауторима, као класицима уставног права, дугује уважавање, ипак није могуће прихватити да садржина искључиво одређује правну природу и правна дејства правних аката. Јер, кад би то учинили за преамбуле, онда би велики део садржаја и у другим гранама права изгубио то својство, јер ни оне не садрже никакво правило. Поред бројних одредби Устава Србије (на пример, чл. 1: „Република Србија је држава српског народа..."; чл. 2: „Сувереност потиче од грађана..."; чл. 4: „Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли"; чл. 111: „Председник Републике изражава државно јединство Републике Србије"; чл. 122: „Влада је

[40] Наведимо само као пример чл. 44, ст. 1 Устава Швајцарске: „федерација и кантони подржавају међусобно једни друге у испуњавању њихових одговорности и рада заједно" или чл. 21, ст. 1 Устава Немачке: „Политичке партије ће учествовати у образовању политичке воље грађана", чл. 75 1 Устава Француске: „Регионални језици су део француског наслеђа", итд.

[41] Вид. више Р. Марковић, „Устав Србије из 2006 критички поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 5 46.

носилац извршне власти у Републици Србији“; итд.), као примери се могу навести бројне одредбе Закона о браку, Закона о односима родитеља и деце, Закона о облигацијама и др. Дакле, одавно је познато и неспорно да у бројним правним актима постоје искази који нису правило понашања онако како га одређује теорија, тј. да је то исказ којим се нешто забрањује, наређује или овлашћује. Међутим, то не може да значи промену њихове правне природе. Нарочито је неприхватљиво да по основу разлике у садржају правних аката сваки теоретичар или онај који примењује право, слободно цени и оцењује правну природу исказа у правним актима на основу њихове садржине и то тако да неке прогласи правно необавезним. То није принципијелно и објективно чак ни за научнопедагошке потребе, а у пракси државе значило би субјективизам и правну несигурност.

Наведеној групи схватања су блиски, иако то није очигледно, и сви они који на основу анализе садржаја преамбуле закључују да неке имају, а друге немају правну природу (већином француски писци и М. Јовичић). Степен субјективизма, односно слободе у додељивању или одрицању правних својстава преамбули код ових аутора је чак и већи него код прве наведене групе, јер код прве групе су бар код сваког аутора појединачно све преамбуле одређене исто. По ауторима из друге групе типичне неправне преамбуле су оне из Устава САД и Швајцарске, а типичне преамбуле правне природе су из француских устава од 1946. и 1958. године.

Дакле, као тачна треба сматрати она мишљења, иако их заступа мали број страних аутора (Ведел, Жикел), која правним актима признају интегрални карактер и то првенствено на основу његових формалних својстава – доносиоца и поступка. Другачије речено, два текста имају исту природу (правну или не), ако су их донели исти субјекти и по истом поступку, без обзира на њихову садржину. Ово мишљење истовремено обезбеђује објективност, правну сигурност и једнакост у примени и оцени. То што у преамбулама чешће и више него у другим деловима устава налазимо садржаје који нису типична правила понашања, не сме бити разлог за тврдњу о различитој природи оваквих текстова, јер то није искључиво својство преамбула, већ читавог низа различитих прописа у бројним областима. Такво разврставање – не разликовање, има оправдања само из педагошко-едукативних разлога (као што се то некад чини, на пример, указивањем на тзв. формалне законе, на неперфектне норме, на особености закона о буџету и завршном рачуну, и сл.), али никако у пракси, јер би то уништило неке од највећих правних вредности – правну сигурност и једнакост.

Dr. Vladan Kutlešić

Professor
Faculty for Public Administration
Megatrend University

PREAMBLE TO CONSTITUTION A COMPARATIVE STUDY OF 194 PREAMBLES

Summary

The author examines a number of relevant legal issues pertaining to the preambles of contemporary constitutions (their scope, contents and structure), puts forward the question of legal nature of preamble, and makes an effort to clarify the notion of preamble. He analyzes 194 preambles to the contemporary constitutions, and concludes that preamble has the same legal nature and strength as the very constitutions it foreshows.

Key words: *Constitution. – Notion of Preamble. – Content of Preamble. – Legal Nature of Preamble.*

УДК 347.66

Др Дејан Б. Ђурђевић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
djurdjevic.dejan@gmail.com

НЕУТРАЛНИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ*

Члан 64 Породичног закона предвиђа да сваки малолетник може самостално да предузима неутралне правне послове, тј. послове којима не стиче ни права ни обавезе. Ово правило, настало по узору на немачко право, изазвало је бројне контроверзе међу српским правницима. Док једни негирају категорију неутралног правног посла, сматрајући да он представља contradictio in adjecto, аутори који га не оспоравају немају јединствен став у погледу тога за које правне послове се може казати да су неутрални. У првом делу рада изложена су схватања о неутралном правном послу која су развијена у упоредном праву, анализиране су ситуације у којима се такви послови појављују, критикована је дефиниција неутралног правног посла предвиђена у чл. 64 Породичног закона и заузето је становиште да неутралне правне послове треба разумети као правне послове који не доносе никакву правну корист нити правни уштрб лицу које их предузима. Пошто констатује да је предузимање сваког правног посла скопчано за одређеним уштрбима (правним, васпитним, директним, индиректним, извесним и неизвесним), аутор у другом делу рада анализира које уштрбе треба сматрати релевантним. Након излагања различитих схватања која постоје у страној теорији и судској пракси (теорија о разликовању непосредних и посредних уштрба, теорија о економском начину посматрања, теорија о старатељском начину посматрања), аутор заузима становиште да су релевантни сви извесни правни уштрби, тј. они уштрби који се испољавају у правној сфери и који настају на основу чињеница које су објективно утврдиве у моменту предузимања правног посла.

Кључне речи: *Малолетник. Неутрални правни посао. Пословна способност. Правни посао.*

---

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УВОД

Питање пословне способности малолетника у српском праву не губи на актуелности. Закон о браку и породичним односима Републике Србије[1] предвиђао је у чл. 122, ст. 1 да дете које је навршило четрнаест година може самостално да предузима правне послове мањег значаја, док остале правне послове може да предузима само уз сагласност свог законског заступника. Малолетници млађи од четрнаест година били су потпуно пословно неспособни и нису могли ни самостално, нити уз сагласност свог законског заступника да предузму ниједан правни посао. Сваки правни посао који би предузео малолетник млађи од четрнаест година био је апсолутно ништав.[2] Овакво решење је критиковано јер „није водило рачуна о стварности".[3] Породични закон Србије,[4] који је почео да се примењује 1. јула 2005. године, у чл. 64, ст. 1 предвиђа да млађи малолетник (дете које није навршило четрнаесту годину) може самостално да предузима: „правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове мањег значаја". Члан 64, ст. 2 ПЗ прописује да старији малолетник (дете које је навршило четрнаесту годину), може да предузима и остале правне послове, али уз сагласност законског заступника.

Између решења које је предвиђао ЗБПО и правила које је прописано у чл. 64 ПЗ, постоје две кључне разлике. Прва се огледа у томе што је граница за стицање ограничене пословне способности снижена. Да би у важећем српском праву стекао ограничену пословну способност, млађи малолетник не мора да достигне одређену старост, довољно је да поседује тзв. *природну вољу*, тј. свест о последицама правног посла који предузима и хтење да те последице

[1] *Службени гласник СРС*, 22/1980 ЗБПО.

[2] О пословној способности малолетника према чл. 122 ЗБПО, вид. уместо свих: О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 56 62.

[3] Вид. О. Станковић, „Ограничена пословна способност и заступање мало летника од стране њихових родитеља у нашем праву", *Анали Правног факулте та у Београду* 6/1982, 1222 и даље, који се залагао за већу поступност у стицању пословне способности, као и за снижавање старосне границе која је потребна за предузимање појединих правних послова. Овај аутор је указивао на чињеницу да и у Србији млађи малолетници свакодневно предузимају огроман број послова мале вредности „који су по својој сложености сразмерни њиховој интелектуалној зрело сти и одговарају њиховом поимању ствари", као и на то да такав промет има велики економски, социјални и васпитни значај, јер омогућује млађим малолетницима да самостално задовоље своје свакодневне потребе (на пример, куповина карте за пре воз, школског прибора, ужине и сл.) и да се постепено оспособљавају да самостално предузимају послове веће вредности.

[4] *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 ПЗ.

наступе.[5] У српском праву више не важи необорива претпоставка да су сви млађи малолетници неспособни да схвате значај и домашај правних послова које предузимају и да се самостално старају о својим интересима.[6] Када ће неки малолетник моћи да узме учешће у правном промету, то је постало његова индивидуална ствар, јер зависи од његове способности да се стара о својој личности и имовини.[7] Друга разлика састоји се у томе што је уведена још једна категорија правних послова које ограничено пословно способна лица могу да предузимају. Поред послова мањег значаја, малолетници могу самостално да предузимају правне послове којима прибављају искључиво права и правне послове којима не стичу ни права ни обавезе.

Ова друга новина коју је увео чл. 64, ст. 1 ПЗ изазвала је бројне контроверзе међу српским правницима. Нарочито је спорно шта се подразумева под правним пословима „којима се не стичу ни права ни обавезе“, а за које се користи назив *неутрални правни послови*.[8] Неки аутори потпуно оспоравају категорију неутралног правног посла, сматрајући да је она: „супротна дефиницији правног посла и да представља *contradictio in adjecto*“.[9] Међу ауторима који ову категорију не оспоравају, не постоји јединствено станови-

5 О појму природне воље (*natürlicher Wille*), вид. W. Grunsky, *Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit*, Baden Baden 2009, 15.

6 На тај начин, српско право се приближило решењу које постоји у швајцарском праву. Према чл. 19 Швајцарског грађанског законика сваки малолетник који је способан за расуђивање (*urteilfähig*) може да предузима све правне послове уз сагласност законског заступника, док самостално може да предузме само оне правне послове који му доносе бесплатну корист. Способност за расуђивање схвата се као способност малолетника да разборито делује и да се у довољној мери супростави утицају туђе воље. Ближе о томе вид. M. Bigler Eggenberger, у: H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser (Hrsg), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht ZGB I*, Basel Genf 2002, 199.

7 Овакво решење је боље, јер омогућује сваком малолетнику, који је за то *de facto* способан, да предузима одређене правне послове. Решење по коме се стицање ограничене пословне способности везује за одређени узраст (на пример 14 година према чл. 122 ЗБПО или 7 година према § 106 Немачког грађанског законика) без оправданог разлога забрањује малолетницима који нису достигли прописану старосну границу да учествују у правном промету, чак и онда када поседују способност да схвате последице свог деловања и хтење да те последице наступе. За критику решења по којем се стицање ограничене послове способности везује за старосну границу, вид. уместо свих: В. Водинелић, „Функције пословне способности малолетника“, *Право теорија и пракса* 3/1999, 33.

8 В. Водинелић (1999), 35, за неутралне правне послове каже да су то они послови: „који малолетнику не прибављају ни права нити га обавезују.“

9 Вид. О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2008, 237 фн 658. Упор. и: О. Цвејић Јанчић, *Породично право*, Нови Сад 2009, 300 фн 242, која истиче следеће: „У погледу правних послова којима се не стичу ни права ни обавезе није јасно шта је законодавац имао у виду.“

ште у погледу тога који се правни послови могу квалификовати као неутрални.[10]

Имајући у виду проблеме које је категорија неутралних правних послова створила српским правницима, овај рад је поставио себи за циљ да објасни о каквим је правним пословима реч, да анализира ситуације у којима се они појављују, као и да одговори на питање да ли постоји правнополитичко оправдање да српско право дозволи малолетницима предузимање неутралних правних послова.

2. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА НЕУТРАЛНОГ ПРАВНОГ ПОСЛА

2.1. Порекло и рецепција

Категорија неутралних правних послова преузета је из немачког права. Немачки аутори дефинишу неутралне послове (*neutrale Rechtsgeschäfte*) као оне правне послове који немају никакав позитиван или негативан утицај на правну сферу лица које их предузима.[11] За неутралне правне послове карактеристично је то што лицу које их предузима не доносе никакву „правну корист (*rechtlichen Vorteil*)" нити „правни уштрб (*rechtlichen Nachteil*)".[12]

Немачки грађански законик (*BGB*) не познаје категорију неутралног правног посла. Она је изграђена у теорији и пракси циљ-

[10] Г. Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*, Нови Сад 2009, 297, не даје ниједан пример неутралног правног посла. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2009, 272, као пример за неутрални правни посао наводи дереликцију. Њено схватање критикују О. Цвејић Јанчић, 300 фн 242 и С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 411 и даље, са образложењем да је дереликција акт располагања имовином, којим се не стичу ни права ни обавезе, али се губи право својине на дерелинквираној ствари, што мало летник млађи од 14 година не би смео чинити.

[11] У том смислу: D. Leipold, *BGB I Einführung und Allgemeiner Teil*, Tü bingen 2002, 118. Упор. B. Rüthers, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1991, 108, који каже да неутрални правни послови: „не утичу на имовину и правни положај малолетника." Вид. и D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2006, 222, који метафорично говори за неутралне правне послове да: „заобилазе имовину лица које их предузима." Неутрални правни послови називају се још и „правно индиферентним пословима".

[12] Вид. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tübingen 2006, 380; H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln Berlin 2001, 139; D. Giesen, *BGB All gemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin New York 1995, 240; H. Hübner, *Allgemei ner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin New York 1996, 316; H. Köhler, *BGB, allgemeiner Teil (ein Studienbuch)*, München 1991, 185; J. Kropholler, *BGB Studien kommentar*, München 2003, 34; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1977, 90; D. Schwab, M. Löhnig, *Einführung in das Zivilrecht*, Hei delberg 2007, 329; B. Völzmann Stickelbrock, у: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg), *BGB Kommentar*, Köln 2009, 93; M. Wolf, у: V. Emmerich *et al.*, *Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts*, München 1974, 114.

ним тумачењем § 107 BGB,[13] који предвиђа да је малолетнику за предузимање правног посла путем којег не стиче: „искључиво правну корист (*lediglich einen rechtlichen Vorteil*)" потребна сагласност законског заступника. Другим речима, ако правни посао доноси малолетнику једино правну корист, за предузимање тог правног посла није потребна сагласност законског заступника. Када би се применило језичко тумачење, неутрални правни послови не би могли да се подведу под § 107 BGB, јер они лицу које их предузима не доносе правну корист. Међутим, правнополитички циљ § 107 BGB састоји се у томе да малолетник буде заштићен од предузимања правних послова који се негативно одражавају на његову имовину или правни положај.[14] Како неутрални правни послови немају негативно дејство на правну сферу лица које их предузима, малолетник може да предузме такав правни посао без сагласности свог законског заступника, позивајући се на § 107 BGB.[15]

2.2. Примена у пракси

Као један од примера[16] за неутрални правни посао може се навести случај када малолетник, који је запослен као продавац у бутику, прода муштерији хаљину која кошта 750 евра.[17] У овом случају, малолетни радник поступа као пуномоћник по запослењу свог послодавца.[18] Он закључује са муштеријом уговор о продаји, али правна дејства тог уговора не настају за малолетног радника, већ

[13] Упор. B. Boemke, B. Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, Berlin Heidelberg 2009, 147, који истичу да је појам неутралног правног посла изграђен телеолошком редукцијом. У том смислу: M. Jaensch, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, Heidelberg 2010, 57; R. Bork, 376.

[14] Вид. H. J. Musielak, *Grundkurs BGB*, München 1999, 126; G. Schiemann, у: J. von Staudinger, *BGB Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin 2005, 76.

[15] У том смислу: H. Brox, 139; D. Giesen, 240; O. Jauernig (Hrsg), *BGB Kom mentar*, München 2003, 49; B. Rüthers, 108.

[16] У литератури се као примери за неутралне правне послове наводе: послови које малолетник предузима као заступник у име заступаног (§ 165 BGB), отуђење туђе ствари савесном прибавиоцу (§ 932 BGB), односно отуђење туђег добра уз сагласност овлашћеног лица (§ 185, ст. 1 BGB). Вид. уместо свих D. Leipold, 118. Такође, неутрални правни посао постоји и онда када малолетник као треће лице одреди цену ствари коју продавац продаје купцу (§ 317, ст. 1 BGB). У том смислу: H. Brox, 139. У неутралне правне послове убраја се и бесплатни једнострано именујући уговор о наслеђивању у коме малолетник има положај уговорног наследника. Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 192 193.

[17] Вид. H. Köhler, *BGB, allgemeiner Teil (Prüfe dein Wissen)*, München 2002, 33 34.

[18] То проистиче из § 56 Немачког трговачког законика (*Handelsgesetzbuch*), који предвиђа да су лица запослена у продавници или отвореном складишту овлашћена да чине продаје које су уобичајене за такве продавнице, односно отворена складишта.

за његовог послодавца (заступаног).[19] Малолетни радник је предузео правни посао, али он не стиче обавезу да преда ствар, нити стиче право да захтева исплату цене. То право и обавезу стиче заступани. Уговор о продаји који је малолетник склопио као пуномоћник по запослењу не ствара за њега никакву правну корист, нити му доноси правни уштрб. За малолетног радника такав уговор је правно неутралан (индиферентан) и он га, упркос великој вредности продате ствари, може пуноважно закључити без сагласности свог законског заступника.[20] Овакви случајеви могући су и у српском праву, с обзиром на то да малолетник са навршених петнаест година стиче радну способност[21] и може постати пуномоћник по запослењу.[22]

Осим уговора које склапа као пуномоћник по запослењу, сваки други правни посао који малолетник предузме као нечији заступник, такође представља неутралан правни посао.[23] Они који су вољни да оспоравају категорију неутралног правног посла могли би да негирају било какав практичан значај ове конструкције постављањем питања: да ли и како малолетник може доћи у ситуацију да постане нечији заступник? Малолетник се скоро никада не може наћи у улози законског заступника,[24] али је спорно може или он бити нечији пуномоћник.

У немачком праву експлицитно је предвиђено да пуномоћник може бити и ограничено пословно способно лице.[25] С друге стране, не треба изгубити из вида да пуномоћје, само по себи, представља

[19] Вид. § 164, ст. 1 BGB који предвиђа: „Изјава воље коју неко учини у име заступаног и у оквиру овлашћења за заступање које му припада, непосредно делује за и против заступаног. Не чини разлику, да ли је изјава дата изричито у име заступаног, или из околности произлази да је требало да буде дата у његово име." Немачко право прихвата теорију репрезентације (*Repräsentationstheorie*), коју је развио Виндшајд (*Windscheid*), према којој код заступања правни посао предузима заступник, тако да се према његовој личности цене претпоставке за пуноважност правног посла које се тичу пословне способности и мана воље, док дејства правног посла, на основу законског прописа, наступају према заступаном. Ближе о томе, уместо свих, вид. H. Hübner, 488.

[20] H. Köhler (2002), 34.

[21] Вид. чл. 24, ст. 1 Закона о раду, *Службени гласник РС*, 24/2005.

[22] Пуномоћје по запослењу предвиђено је чл. 98 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 і 44/99 и *Службени лист СЦГ*, 1/03 ЗОО.

[23] Вид. R. Bork, 380; K. Larenz (1977), 528; D. Leipold, 118.

[24] Вид. чл. 128, тач. 1 ПЗ који предвиђа да се за старатеља не може поставити лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности. Међутим, мало летник који пре навршене осамнаесте године стекне потпуну пословну способност на основу судске одлуке или склапањем брака по претходно прибављеној судској дозволи (вид. чл. 11 ПЗ), може бити законски заступник свог детета.

[25] Вид. § 165 BGB: „Пуноважности изјаве воље дате од стране или према заступнику не смета то што је заступникова пословна способност ограничена."

апстрактан једнострани правни посао.[26] Пуномоћје се дефинише као: „правним послом дато овлашћење за заступање.“[27] Оно има свој основ у неком правном односу између властодавца и пуномоћника, који се назива основни или унутрашњи однос. Тај унутрашњи однос може бити уређен неким посебним уговором (на пример, уговор о налогу) из којег проистичу циљеви и дужности пуномоћниковог деловања у име властодавца. Међутим, због своје апстрактне природе, настанак и трајање пуномоћја независни су од унутрашњег односа између властодавца и пуномоћника (тзв. *Apstraktionsprinzip*).[28] Овај принцип одвојености пуномоћја од унутрашњег односа правда се потребом заштите трећих лица (са којима пуномоћник закључује уговор у име властодавца).[29] Сходно принципу одвојености, могуће је постојање пуноважног пуномоћја, упркос томе што је ништав уговор о налогу којим је регулисан унутрашњи однос између пуномоћника и властодавца (тзв. изоловано пуномоћје – *isolierte Vollmacht*).[30] Као пример за то наводи се управо случај издавања пуномоћја малолетнику: иако је ништав уговор о налогу који су закључили малолетни пуномоћник и његов властодавац, јер се са тим уговором није сагласио малолетников законски заступник, пуномоћје ће бити пуноважно.[31] На основу таквог пуномоћја малолетник може самостално да склапа уговоре у име свог властодавца, и такви уговори представљају за малолетног пуномоћника неутралне правне послове.

И у српском праву је могуће да властодавац изда малолетнику пуноважно пуномоћје независно од сагласности његовог закон-

[26] Вид. уместо свих: H. M. Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg 2000, 331.

[27] Вид. B. Boemke, B. Ulrici, 277; H. Brox, 249; H. Hübner, 514; H. Köhler (1991), 196; K. Larenz (1977), 534; D. Leipold, 290; B. Rüthers, 286. Исто важи и за швајцарско право. Вид. E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich 1988, 601.

[28] Вид. R. Bork, 560; H. Brox, 253; D. Giesen, 298 299; H. Hübner, 515; H. Köhler (1991), 197; K. Larenz (1977), 535; D. Leipold, 290; B. Rüthers, 287 288. За швајцарско право, вид. E. Bucher, 615 и даље.

[29] Вид. R. Bork, 560; E. Bucher, 616; H. Hübner, 515; B. Rüthers, 288.

[30] У том смислу: R. Bork, 561; H. Brox, 253; H. Köhler (1991), 197. За српско право, вид. уместо свих: О. Станковић, В. Водинелић, 198 199: „ако уговор о унутрашњем односу између властодавца и пуномоћника из неког разлога не важи, пуномоћје ће важити ако су иначе испуњени услови који се њега самог тичу.“

[31] Вид. H. Hübner, 516. Упор. сличан пример наведен код: D. Giesen, 299. И у швајцарском праву давање пуномоћја биће пуноважно упркос томе што пуномоћник нема пословну способност. Вид. уместо свих: E. Bucher, 601: „Непотребност учешћа пуномоћника у издавању пуномоћја значи такође да и пословно неспособно лице може бити пуноважно опуномоћено, а посебно да пуномоћје може опстати и онда када је основни уговор (уговор о налогу или раду) ништав услед недостатка потпуне пословне способности пуномоћника, неспоразума (*Dissens*) и сл.“.

ског заступника.[32] Пуномоћје се схвата као једностран правни посао, који предузима властодавац (чл. 89, ст. 1 ЗОО). ЗОО нигде не инсистира на томе да пуномоћник мора да има потпуну пословну способност.[33] Додуше, чл. 768 ЗОО предвиђа да уговор о налогу престаје када налогопримац (пуномоћник) буде потпуно или делимично лишен пословне способности. Међутим, престанак уговора о налогу не значи истовремено и престанак пуномоћја, јер је и ЗОО прихватио принцип одвојености пуномоћја од унутрашњег односа властодавца и пуномоћника.[34] Следствено томе, пуномоћје издато малолетном пуномоћнику биће пуноважно, при чему је сагласност пуномоћникових родитеља ирелевантна. Правни посао који малолетна особа предузме у својству нечијег пуномоћника за њу је правно неутралан, јер јој не ствара ни права ни обавезе. Имајући то у виду, можемо закључити да чл. 64, ст. 1 ПЗ дозвољава малолетнику да постане пуномоћник и да у том својству предузима правне послове без правног надзора свог законског заступника.

Практичан значај конструкције о неутралном правном послу у немачком праву долази до изражаја у још једној ситуацији, која је за разлику од претходних спорна, а која се тиче стицања својине од малолетног невласника. Систем стицања права својине на покретној

[32] Међу домаћим ауторима, који су додуше ово питање разматрали пре доношења ПЗ, било је спорно да ли пуномоћник мора да буде потпуно пословно способан. В. Јовановић, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред), *Коментар Закона о облига ционим односима*, Београд 1983, књ. 1, 294 295, сматра да пуномоћник не мора да има потпуну пословну способност. На супротном становишту стоје: О. Станковић, В. Водинелић, 202 203. У том смислу и: А. Гамс, Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1994, 158, који кажу: „пуномоћник треба да буде пословно способно лице јер је нелогично да за другог може вршити правни посао онај који за себе то не може." Са оваквом аргументацијом не могу да се сложим. Заштитна функција по словне способности долази до изражаја само онда када малолетник делује за себе, јер таквим правним послом доводи у опасност своју имовину. Нема потребе да се правилима о ограниченој пословној способности забрањује малолетнику да преду зима правне послове за другог, јер таквим правним пословима малолетник не угро жава своју имовинскоправну позицију. Из тог разлога не може се казати да је не логично то што се малолетнику дозвољава да за другог предузме правни посао који не може обавити за себе. Упор. P. Bydlinski, *Bürgeliches Recht I Allgemeiner Teil*, Wien New York 2007, 202, који каже: „Иако је пуномоћник ограничено пословно способан, он ипак може предузимати правне послове, које у своје име не би могао да предузме. Ово стога, јер он овде диспонира са туђом имовином, док су правила о пословној способности намењена искључиво његовој сопственој заштити."

[33] Скица за Законик о облигацијама и уговорима у чл. 53 изричито је предвиђала да пуномоћник не мора да има потпуну пословну способност: „За пу новажност уговора и других послова предузетих од стране заступника пословно способног лица није нужно да заступник буде пословно способан, али је нужно да буде способан за расуђивање." Нав. према: М. Константиновћ, *Облигације и уговори Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1996, 57.

[34] Вид. чл. 89, ст. 2 ЗОО: „Постојање и обим пуномоћја су независни од прав ног односа на чијој је подлози пуномоћје дато."

ствари који познаје BGB, другачији је од оног који постоји у српском праву. Према § 929 BGB-а за пренос својине на покретној ствари неопходно је да сопственик преда ствар прибавиоцу и да се обојица сагласе са преносом својине. Из ове норме проистиче да је за стицање својине на покретној ствари неопходно: да претходник буде сопственик ствари коју преноси на прибавиоца, да претходник и прибавилац склопе апстрактни уговор о преносу својине (стварноправни уговор; нем. *dinglicher Vertrag*)[35] и да претходник преда ствар прибавиоцу (*Übergabe*). Уколико је лице, које није сопственик покретне ствари, склопило са прибавиоцем уговор о преносу својине и предало му ствар, прибавилац може стећи својину на тој покретној ствари само ако је у моменту стицања својине био савестан. Прибавилац се сматра несавесним ако му је било познато, или му је услед грубе непажње остало непознато, да његов правни претходник није сопственик ствари (§ 932 BGB).

Када се посматра из перспективе преносиоца (правног претходника) уговор о преносу својине има за непосредну правну последицу губитак права. Због тога, немачко право за пуноважност овог уговора тражи да преносилац има потпуну пословну способност, а ако уговор закључује малолетник старији од седам година, онда је потребна сагласност његовог законског заступника.[36] Међутим, ситуација је другачија ако малолетник старији од седам година закључи апстрактни уговор о преносу својине на ствари која није у његовом власништву. Према владајућем схватању,[37] такав уговор малолетном преносиоцу не доноси никакву правну корист, нити му ствара правни уштрб, јер он не може да изгуби својину коју иначе

[35] Тај апстрактни ставрноправни уговор којим се преноси својина у BGB у се назива *Einigung* и спада у категорију правних послова располагања (*Verfügungs geschäft*). О појму и карактеристикама овог уговора, вид. уместо свих: M. Wolf, *Sa chenrecht*, München 2001, 240 и даље.

[36] Вид. H. Köhler (1991), 183. Ствар не стоји исто са прибавиоцем. Наиме, у немачком праву правна судбина апстрактног уговора о преносу својине независна је од каузалног уговора ради чијег испуњења је тај апстрактни уговор закључен (тзв. „*Trennungs und Abstraktionsprinzip*“). На пример, ако је након закључења уговора о продаји покретне ствари (каузални облигационоправни уговор), продавац (преносилац) склопио са купцем (прибавилац) уговор о преносу својине (апстрактни стварноправни уговор) и предао му ствар да би извршио своју обавезу, евентуална ништавост уговора о продаји нема утицаја на пуноважност уговора о преносу својине. Због тога, апстрактни уговор о преносу својине за прибавиоца представља искључиву правну корист, јер се једина његова непосредна правна последица састоји у томе што прибавилац стиче својину на покретној ствари. Одатле проистиче да, сходно § 107 BGB, малолетнику старијем од 7 година не треба сагласност законског заступника да би у својству прибавиоца склопио апстрактни уговор о преносу својине. У том смислу вид. уместо свих: D. Leipold, 116 117; J. Wilhelm, *Sachen recht*, Berlin 2007, 353 354.

[37] У том смислу: D. Giesen, 240; K. Larenz (1977), 90; B. Völzmann Stic kelbrock, 93; J. Wilhelm, 355.

нема. За малолетног преносиоца овакав апстрактни уговор о преносу својине је неутралан правни посао, тако да за његову пуноважност није потребна сагласност законског заступника.[38]

2.3. Циљно тумачење чл. 64, ст. 1 ПЗ

Изложени примери сами по себи су довољни да побију схватање по коме неутрални правни посао представља *contradictio in adjecto*.[39] ПЗ у чл. 64 не говори о томе да малолетник може предузимати правне послове којима се не стварају никаква права и обавезе. *Ratio legis* ове одредбе јесте да омогући малолетнику да предузме правни посао који за њега, као лице које изјављује вољу, неће створити правно дејство. Такав је случај управо са правним пословима које малолетник предузима као заступник, јер такви правни послови производе правна дејства, али не за малолетног заступника који их предузима, већ за заступаног.[40]

---

[38] Овакав приступ критикује D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, Köln Ber lin 1999, 386 388. Он сматра да овде нема места примени правила о стицању од невласника. Његова аргументација ограничена је на стварноправни аспект, а састоји се у томе што правила о стицању од невласника не могу прибавиоцу да обезбеде бољу правну позицију од оне у којој би био када би ствар прибављао од сопственика. Правнополитички циљ правила о стицању од невласника састоји у томе да се прибавиоцу обезбеди она правна позиција, коју би имао и у случају да је тачна његова представа о својини на ствари коју прибавља. Уколико би се применила конструкција о неутралном правном послу дошло би до правног парадокса, који се огледа у следећем: прибавилац који је склопио уговор о преносу својине са малолетним преносиоцем без сагласности његовог законског заступника, а који при томе сматра да је малолетник сопственик покретне ствари, стиче својину уколико се покаже да његова представа није тачна (да малолетни преносилац није сопственик); али ако се покаже да је његова представа тачна (да малолетни преносилац има својину на ствари коју преноси), онда прибавилац неће стећи својину, јер уговор о преносу својине није пуноважан. Медикус сматра да у случају када малолетни преносилац склопи апстрактни уговор о преносу својине на покретној ствари без сагласности законског заступника треба рестриктивно тумачити норме о стицању од невласника. Осим тога, у прилог схватању да у оваквим ситуација не треба дозволити стицање од невласника Медикус истиче и један правнополитички разлог: правила о неутралном правном послу не би смела да доведу до тога да се малолетнику омогући да незаконито располаже туђим стварима. Вид. D. Medicus (2006), 223. О проблему стицања својине од малолетног навласника, вид. исцрпно: E. v. Olshausen, „Rechtsschein und Rosinentheorie oder vom guten und vom Schlechten Tropfen“, *Archiv für die civilistische Praxis* 3/1989, 224 и даље; T. Chiusi, „Zur Verzichtbarkeit von Re chtsscheinswirkungen“, *Archiv für die civilistische Praxis* 3/2002, 494 и даље.

[39] О. Антић, 237 фн 658.

[40] Вид. чл. 85 ЗОО. Упореди: Д. Стојановић, у: С. Перовић (ред), *Комен тар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, књ. I, 185, који каже: „Код заступништва заступник закључује правни посао. Али правни посао није његов, него је закључен за заступаног ... и све правне последице из закљученог уговора погађају непосредно заступаног.“

Контроверзе које је категорија неутралног правног посла изазвала међу српским правницима иду на душу како законодавцу, тако и онима који закон треба да тумаче и примењују. Законодавац је веома широко дефинисао неутрални правни посао. Дефиниција из чл. 64, ст. 1 ПЗ нема потребну прецизност, коју има дефиниција са којом оперишу немачки правници. Није исто када се каже да малолетник може самостално да предузме правни посао „који му не доноси никакву правну корист, нити правни уштрб", и када се пропише да он може самостално предузимати правне послове којима „не стиче ни право ни обавезу".

Не може се ставити знак једнакости између појма „правна корист" и „стицање права". Стицање права представља само један од видова позитивног дејства правног посла на правну сферу лица које га предузима. Приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме неки правни посао, не треба имати у виду искључиво правне послове обвезивања, већ треба водити рачуна и о правним пословима располагања.[41] Корист коју правни посао доноси малолетнику може се састојати у томе да му његов сауговорник пренесе неко право (на пример, да малолетник склопи уговор о цесији као цесионар) или да му повећа постојеће право (на пример, да малолетни продавац склопи са купцем анекс уговора о продаји којим се предвиђа да ће купац платити већу цену од оне коју је првобитно уговорио продавчев законски заступник).[42] Такође, ако малолетном дужнику његов поверилац отпусти дуг, на основу таквог уговора[43] малолетник не стиче никакво право, али тај споразум свакако малолетнику доноси правну корист која се огледа у гашењу обавезе.[44]

Такође, настанак обавезе не представља једини облик негативног дејства правног посла на правну сферу лица које га предузима, те се због тога не сме ставити знак једнакости између појма „правни уштрб" и „стицање обавезе". Малолетни поверилац (цедент) који

[41] Правни послови обвезивања (*Verpflichtungsgeschäfte*) јесу они чије се правне последице састоје у настанку обавезе да се изврши одређена чинидба и права да се захтева извршење те чинидбе (на пример, уговор о продаји, поклону, закупу итд.). Насупрот њима, правни послови располагања (*Verfügungsgeschäfte*) непосредно делују на стање једног субјективног грађанског права у смислу да га преносе, оптерећују, укидају или му мењају садржину (на пример, уговор о цесији, опраштај дуга и сл.). О разликовању ове две категорије правних послова вид. уместо свих: H. Hübner, 284 286. Формулација чл. 64, ст. 1 ПЗ недвосмислено указује на то да је српски законодавац имао у виду искључиво правне послове обвезивања.

[42] Упор. H. Brox, 138; D. Giesen, 237.

[43] Према чл. 344 ЗОО, отпуштање дуга има правну природу уговора, јер је неопходно да се и дужник сагласи са изјавом повериоца да неће тражити извршење обавезе.

[44] У том смислу: K. Larenz (1977), 88.

уступи своје потраживање новом повериоцу (цесионар), на основу овог уговора не стиче никакву обавезу, јер се не ради о правном послу обвезивања, већ о правном послу располагања.[45] Иако за цедента није створио обавезу, уговор о цесији негативно утиче на његову имовинску позицију јер има за последицу губитак потраживања. Уговор о цесији цеденту доноси правни уштрб и не може се сматрати неутралним правним послом. Следствено томе, ако је цедент малолетан он не би могао самостално да цедира потраживање, изузев ако је реч о тражбини мале вредности. Такође, малолетни поверилац који дâ пристанак на преузимање дуга, на основу те изјаве воље не стиче никаква права нити обавезе (мења се само дужник, а облигација у свему осталом остаје иста).[46] Међутим, таквим правним послом поверилац угрожава своју имовинскоправну позицију, јер солвентног дужника може заменити инсолвентним. Из тог разлога, пристанак повериоца на преузимање дуга не може се сврстати у неутралне правне послове. Малолетни поверилац не сме самостално да дâ такав пристанак. Исто важи и за дереликцију. Када се малолетни сопственик одрекне својине на некој ствари, тим актом он не стиче ни право ни обавезу. Али и дереликција негативно утиче на имовинску позицију малолетног сопственика, јер за последицу има губитак права, што представља један вид правног уштрба. Зато се дереликција не може сврстати међу неутралне правне послове, упркос томе што такво схватање може да нађе ослонац у језичком тумачењу чл. 64, ст. 1 ПЗ. То значи да малолетник не би могао да се самостално одрекне права својине, изузев ако се ради о ствари мале вредности (на пример, потрошена амбалажа воћног сока).

Недовољно прецизно одређење појма неутралног правног посла у чл. 64, ст. 1 ПЗ не даје за право онима који ту норму тумаче и примењују да се ограниче искључиво на језичку интерпретацију и да крајњи резултат њихове анализе буде констатација да „није јасно шта је законодавац имао у виду“, односно да одредба представља *contradictio in adjecto*.[47] Да ли се тиме шаље порука пракси да треба да зажмури пред категоријом неутралног правног посла и да се понаша као да такав правни институт не постоји у српском праву? У претходним излагањима показали смо да ни немачки BGB не познаје неутралне правне послове, већ да је тај појам изграђен циљним тумачењем § 107. Тај пут би морали да следе и српски правници. Упркос томе што законска формулација нема потребну ширину, пра-

[45] У том смислу, вид. уместо свих: H. Brox, W. D. Walker, *Allgemeines Schul drecht*, München 2003, 360 361.

[46] О преузимању дуга, вид. М. Караникић Мирић, „Промена дужника“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 240 и даље.

[47] Вид. О. Цвејић Јанчић, 300, фн. 242; О. Антић, 237, фн. 658.

во значење и смисао чл. 64, ст. 1 ПЗ мора да се нађе телеолошким тумачењем.

Полазиште за циљно тумачење чл. 64, ст. 1 ПЗ треба да буде правно политичка функција ограничене пословне способности. Давањем ограничене пословне способности малолетнику законодавац је тежио ка томе да оствари више циљева од којих су најзначајнији васпитни и заштитни.[48] Установа ограничене послове способности омогућује малолетнику да активно и самостално учествује у правном промету и да на тај начин развија своју личност.[49] Васпитну функцију ограничене пословне способности законодавац доводи до изражаја тако што предвиђа одређени круг правних послова које малолетник може да предузима без сагласности свог законског заступника.[50] С друге стране, заштитни циљ ограничене пословне способности састоји се у томе што законодавац забрањује малолетнику да самостално предузима правне послове који би могли да доведу до угрожавања његове имовине.[51] Решење за које се опредељује српски законодавац треба да представља компромис између васпитне и заштитне функције.

Када се говори и о ограниченој пословној способности малолетника не сме се изгубити из вида да је право малолетника да предузима правне послове зајемчено чл. 23, ст. 2 Устава Републике Србије,[52] који предвиђа да свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена уставом.[53] Наиме,

48 Вид. уместо свих: K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin New York 1991, 331. Осим тога, установа ограничене пословне способности треба да заштити и интересе законског заступника, као и сигурност правног промета. Упор. В. Водинелић (1999), 34 и даље; H. Köhler, „Grundstücksschenkung an Minderjährige ein lediglich rechtlicher Vorteil?“, *Juristenzeitung* 7/1983, 225 226.

49 Вид. В. Водинелић (1999), 41 42; H. Köhler (1983), 225.

50 H. Köhler (1983), 225 226.

51 R. Stürner, „Der lediglich rechtilche Vorteil“, *Arhiv für die civilistische Praxis* 5/1973, 417; H. Köhler (1983), 225.

52 *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 УРС.

53 Упор. C. W. Canaris, „Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht“, *Juristenzeitung*, 21/1987, 996 и даље, који полази од тога да није ни неопходна, нити сврсисходна заштита малолетника млађих од седам година прописивањем апсолутне ништавости правних послова које они предузимају. Због тога, он сматра да је § 105, ст. 1 BGB (прописује апсолутну ништавост за правне послове које предузму малолетници млађи од седам година и друга потпуно пословно неспособна лица) у супротности са чл. 2, ст. 1 Немачког устава (*Grundgesetz*), који предвиђа да свако има право на слободан развој своје личности, уколико тиме не повређује права других и не поступа противно уставном поретку и моралу. Италијански аутори, такође, стоје на становишту да се потпуним искључењем пословне способности малолетника вређа уставом зајемчено право на развој личности (*diritto alla realizzazione personale*). Из тог разлога, у пракси се дозвољава малолетнику да предузима свакодневе правне послове мале вредности који не могу озбиљно да му нашкоде, иако је такво поступање у директној супротности с одредбама Италијанског грађанског законика (чл. 1425 и 1426), који

један од суштинских елемената права на слободан развој личности представља и аутономија воље у грађанском праву,[54] при чему је правни посао основно средство за остваривање аутономије воље.[55] Ако је Устав загарантовао право на слободан развој личности, то истовремено значи да је свакоме, па и малолетнику,[56] пружена могућност да предузима правне послове и да учествује у грађанскоправном промету. Наравно, право на слободан развој личности, па самим тим и право на предузимање правних послова може бити ограничено, али приликом ограничавања било којег уставом зајемченог права мора се водити рачуна о принципу пропорционалности:[57] уставом зајемчена права могу се ограничити „у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права“ (чл. 20, ст. 1 УРС). Следствено томе, малолетнику се може ограничити пословна способност, а самим тим и право на слободан развој личности, али само у оној мери која је неопходна да би се спречили штетни утицаји правних послова на његову имовину. Принцип пропорционалности не обавезује само законодавца већ и судове. Приликом оцене у којој мери заштитна функција ограничене пословне способности може да ограничи право малолетника да предузима правне послове и да тако слободно развија своју личност, судови су дужни да воде рачуна о суштини права на слободан развој личности, важности заштите малолетника, као и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (чл. 20, ст. 3 УРС).

Предвиђајући да малолетник може самостално да предузима одређене правне послове, законодавац је тежио ка томе да му омогући остваривање уставом зајемченог права на слободан развој личности. Тиме што је у чл. 64, ст. 1 ПЗ прописао да малолетник може да предузима правне послове којима не стиче ни права ни обавезе, законодавац је пружио могућност малолетнику да слободно предузима све

предвиђа да су сви малолетници потпуно пословно неспособни (*incapacità totale*). Ближе о томе с упућивањима, вид. B. Eccher, F. Schurr, G. Christandl, *Handbuch Italienisches Zivirecht*, Wien 2009, 70.

[54] Вид. W. Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin New York 1992, 77 и даље. Упор. и: C. W. Canaris, 994, који каже да држава не може право својих грађана на самоодређење поштовати на бољи начин него тиме што им је препустила да сами уређују своје међусобне односе и што им је ставила на располагање правне инструменте који су за то неопходни.

[55] Вид. H. Hübner, 277; D. Leipold, 95.

[56] Вид. чл. 64 УРС, који предвиђа да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости.

[57] Овај принцип се још назива и начелом хармоније основних права, што значи да остварење једног уставом зајемченог права не сме да има за последицу укидање другог. Вид. P. Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreicheit“, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburstag*, München Berlin 1965, Bd I, 600.

правне послове код којих не долази до изражаја заштитна функција ограничене пословне способности. Није неопходно да правни поредак штити малолетника од предузимања правних послова који му не доносе ни права ни обавезе, тј. који немају никаквог ни позитивног ни негативног утицаја на његову правну сферу.

У складу са изложеним правнополитичким циљем чл. 64, ст. 1 ПЗ, законски израз „правни посао којим не стиче ни права ни обавезе“, треба разумети у смислу неутралног правног посла, тј. „правног посла који малолетнику који га предузима не доноси никакву правну корист нити правни уштрб.“ На тај начин би се успоставила фина равнотежа између васпитне и заштитне улоге ограничене пословне способности: малолетнику би се омогућило да слободно развија своју личност предузимајући оне правне послове који не могу да угрозе његову имовину.

3. ПРАВНА КОРИСТ И ПРАВНИ УШТРБ

За прецизирање појма неутралног правног посла неопходно је одговорити на питање, које у теорији и пракси није неспорно:[58] шта се подразумева под правном коришћу и под правним уштрбом? Повод за спорове долази одатле што је готово немогуће замислити правни посао који малолетнику, који га предузима, не би могао створити извесни правни, економски или васпитни уштрб.[59] Ако би се појам правног уштрба широко тумачио, малолетник не би могао самостално да предузме ниједан правни посао.[60] С обзиром на то да се правнополитички циљ ограничене пословне способности не састоји у томе да се малолетнику ускрати могућност самосталног предузимања било којег правног посла, појам правног уштрба мора се ограничено тумачити, при чему је неопходно разликовати релевантне од ирелевантних уштрба.[61] Разликовање релевантних од ирелевантних уштрба појављује се као питање вредновања (*Wertungsfrage*),[62] код којег су интереси заштите малолетника и родитељског старања испреплитани са потребом да се заштити и правна сигурност.[63] Приликом постављања критеријума за процену релевантности правних уштрба,

---

[58] За различита схватања о томе шта се сматра правном коришћу, а шта правним уштрбом, види уместо свих: R. Stürner 402 и даље; H. Köhler (1983), 225 и даље; N. Preuß, „Das für Minderjährigen lediglich rechtilich vorteilhafte Geschäft“, *Juristische Schulung* 4/2006, 305 и даље.

[59] Види: O. Jauernig (Hrsg), *BGB Kommentar*, München 2003, 47.

[60] У том смилсу: H. Köhler (1983), 225.

[61] *Ibid.*

[62] У том смислу: O. Jauernig (Hrsg), 47.

[63] H. Köhler (1983), 225 227.

правни поредак мора да води рачуна и о елементарним интересима свих учесника у правном промету да лако и брзо утврде да ли малолетник може самостално да предузме одређени правни посао.[64] Ово се не односи само на малолетникове сауговорнике, већ и на његове законске заступнике, трећа лица, као и на самог малолетника, јер нико не иде за тим да предузима непуноважне правне послове. Из тог разлога, разликовање релевантних од ирелевантних уштрба мора да се врши на основу јасних критеријума, који су уочљиви за сваког учесника у правном промету.

Када разматра да ли одређени правни посао доноси правну корист или правни уштрб лицу које га предузима, суд треба да се оријентише искључиво на правна дејства а не на економске или васпитне ефекте тог посла.[65] То што неки уговор *per saldo* има за последицу економски добитак само по себи не значи да он малолетном уговорнику доноси искључиву правну корист.[66] Ако су скије, које иначе вреде 330 евра, купљене на распродаји за 200 евра, такав уговор, упркос својој тржишној повољности, доноси купцу правни уштрб, јер ствара за њега обавезу да плати цену.[67] Иако је цена знатно нижа од уобичајене, малолетник не може самостално да обави овакву куповину. У српском праву млађи малолетник не би могао уопште да закључи овакав уговор, док би старији малолетник то могао да учини, али само уз сагласност свог законског заступника (чл. 64 ПЗ). Заштитна функција ограничене пословне способности активира се код сваког правног посла који за малолетника ствара било какав правни уштрб (обавезу да изврши чинидбу, губитак права, конституисање терета и сл.), при чему је ирелевантно да ли је тај уштрб покривен, или чак преплаћен користима које проистичу из конкретне трансакције.[68] С обзиром на то, малолетник не може самостално да закључи ниједан двостранообавезни уговор, осим оних који за њега стварају обавезу малог значаја.[69]

---

64 Вид. В. Водинелић (1999), 43 44; H. Köhler (1983), 226.

65 У том смислу: B. Boemke, B. Ulrici, 146; R. Bork, 376; H. Brox, 137; J. Gern huber, B. Grunewald, *Bürgerliches Recht*, München 2002, 46; D. Giesen, 237 238; H. Heinrichs, у: O. Palandt, 75; W. Kallwass, *Privatrecht*, Köln 1989, 56; D. Leipold, 116; D. Medicus (2006), 219; B. Rüthers, 103 104; B. Völzmann Stickelbrock, 93.

66 У том смислу: R. Bork, 376; H. Köhler (1991), 182; D. Medicus (2006), 219; N. Preuß (2006), 306; M. Wolf, у: V. Emmerich *et al*, 113 114.

67 Пример наведен према: H. Köhler (2002), 31 32.

68 B. Boemke, B. Ulrici, 146; K. Larenz (1977), 88; M. Löwisch, D. Neumann, *Allgemeiner Teil des BGB Einführung und Rechtsgeschäftslehre*, München 1997, 164; N. Preuß (2006), 306; H. Schack, *BGB Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2002, 65.

69 Ово је владајуће схватање. Вид. B. Boemke, B. Ulrici, 146; H. Brox, 137; S. Hähnchen, „Schwebende Unwirksamkeit im Minderjärigenrecht“, *Juristische Ausbildung* 10/2001, 668 669; H. Heinrichs, у: O. Palandt, 75; H. Köhler (1991), 182; K. Larenz (1977), 88; D. Leipold, 116; D. Medicus (2006), 219; B. Völzmann Stickelbrock, 93.

Утицај правног посла на одгајање и васпитање детета не може се узети у обзир приликом оцене да ли он ствара уштрб за малолетника који га предузима. Васпитање малолетника усмерено је да његову духовну сферу и подразумева старање о његовом душевном и социјалном развоју.[70] У васпитавању детета родитељи могу да користе одређена васпитна средства. Међу дозвољена васпитна средства спадају и ускраћивање џепарца, забрана употребе играчке или неког другог предмета који није неопходан за задовољавање основних животних потреба детета.[71] Некада, додуше, правни посао који дете предузима може да изигра родитељску васпитну меру и да штетно делује на његово васпитање. Узимо на пример, да родитељи једног дванаестогодишњака одбијају да му купе ролере, јер је пао на поправни испит, а осим тога, они немају много поверења у спретност и обазривост свог сина и плаше се да би га употреба такве ствари изложила већој опасности од телесне повреде. Дете се обраћа деди, који удовољава његовој жељи и поклања му ролере. Ако би се овај поклон посматрао са искључиво имовинскоправне тачке гледишта, он малолетном поклонопримцу доноси искључиво правну корист. Посматран у ширем контексту, овај поклон штетно делује на васпитање и одгајање малолетног поклонопримца, јер изиграва легитимну родитељску казну за лош успех у школи. Међутим, упркос томе што родитељи имају разложан интерес да пониште уговор о поклону, овакав уштрб мора остати ирелевантан приликом оцене пуноважности правног посла.[72] Родитељима је правни поредак оставио друге могућности да *in concreto* остваре своје интересе у вези са васпитањем и одгајањем детета. Пошто су овлашћени да управљају и располажу имовином свог малолетног детета (чл. 74 ПЗ), они могу те ролере да отуђе или да детету ускрате њихову употребу.[73] С друге стране, узимање у обзир оваквих уштрба угрозило би сигурност правног промета, јер поклонодавац у сваком појединачном случају не може поуздано и брзо да утврди како његов поклон може да се одрази на васпитање и одгајање малолетног поклонопримца.[74]

---

[70] Вид. D. Schwab, *Familienrecht*, München 1999, 256; W. Schlüter, *BGB Familienrecht*, Heidelberg 2006, 240.

[71] Упор. C. Berger, у: O. Jauernig (Hrsg), 1541.

[72] На овом месту треба указати на решење које је предлагала Скица за Законик о облигацијама и уговорима. Чл. 512 Скице, по узору на чл. 241 Швајцарског Законика о облигацијама, предвиђао је да поклон (дар) може примити и пословно неспособно лице, при чему је законском заступнику поклонопримца дато право да раскине уговор о поклону који је поклонопримац склопио без његове дозволе. Вид. М. Константиновић, 191 192. Овакво решење предлаже и Владина Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, књ. 2 *Облигациони односи*, Београд 2009, 211 (чл. 663).

[73] У том смислу: H. M. Pawlowski, 93 94.

[74] Вид. H. Köhler (1991), 182.

Сваки правни посао може лицу које га предузима донети неки правни уштрб, ако не непосредно, онда бар посредно. На пример, уговор о поклону је једностранообавезан уговор и за малолетног поклонопримца ствара право да захтева предају обећане ствари. Поклонопримац не дугује поклонодавцу никакву противчинидбу. Апстракно посматрано, такав уговор малолетном поклонопримцу доноси искључиво правну корист и он би могао самостално да закључи сваки уговор о поклону, без обзира на вредност поклоњене ствари. Међутим, поклон за поклонопримца може створити и правне уштрбе. Ако је поклонопримац закључио поклон са налогом, дужност извршавања налога представља за њега правни уштрб. У случају да добије непокретност (или покретну ствар чија је вредност већа од 9.000 динара) од поклонодавца који му није близак сродник, на малолетног поклонопримца пада дужност плаћања пореза.[75] Такође, околности које наступе након склапања уговора о поклону, могу поклонопримцу створити обавезу да издржава поклонодавца[76] или да поклонодавчевим нужним наследницима исплати новчану противвредност нужног дела.[77] Неке од ових обавеза настају на основу сагласности воља уговорних страна (на пример, извршење налога) и оне представљају *непосредне (директне) правне уштрбе*. Настанак других чинидби, које терете малолетног поклонопримца, не извире непосредно из сагласности воља уговорника, већ их законодавац везује са скуп правних чињеница међу којима се налази и та да је закључен уговор о поклону (плаћање пореза, намирење нужних наследника, издржавање осиромашеног поклонодавца). Такве чинидбе представљају *посредне (индиректне) правне уштрбе*. Када је реч о посредним уштрбима, поједини од њих се увек појављују као последица предузимања одређеног правног посла и за њих се може употребити термин *извесни правни уштрби* (на пример, обавеза плаћања пореза на поклон). Други, пак, уштрби могу, али не морају да настану (на пример, обавеза поклонопримца да намири поклонодавчеве нужне наследнике или да издржава осиромашеног поклонодавца). За те уштрбе може се казати да су *неизвесни правни уштрби*.

С обзиром на то да је предузимање сваког правног посла повезано бар са неком неизвесном правном последицом, ако би се во-

---

75 Вид. члан 14 22 Закона о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, 26/01 ... 5/09.

76 Уколико након учињеног поклона поклонодавац осиромаши тако да оста не без нужних средстава за живот, он може захтевати од поклонопримца враћање поклона. Тада за поклонопримца настаје факултативна облигација: он је дужан да врати поклон, али се обавезе враћања поклона може ослободити ако преузме на себе обавезу да поклонодавцу даје нужна средства за живот. Ближе о томе, уместо свих: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 622 624.

77 Ближе о томе, уместо свих: Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2010, 238 239.

дило рачуна о сваком таквом правном уштрбу, онда неутрални правни послови не би ни постојали, а малолетници не би могли самостално да предузму ниједан правни посао. Било би у супротности са васпитном функцијом ограничене пословне способности као и са правом малолетника на слободан развој личности када би сваки имовинскоправни уштрб био узет у обзир. Неопходно је да се и међу имовинскоправним уштрбима направи подела на релевантне (који спречавају малолетника да самостално предузме одређени правни посао) и ирелевантне (чије присуство не смета малолетнику да самостално предузме правни посао).

У теорији и пракси нема јединственог става о разликовању релевантних од ирелевантних имовинскоправних уштрба.[78] Постоје три концепције: 1. схватање по коме су релевантни само непосредни правни уштрби, 2. схватање привредном начину посматрања и 3. схватање о старатељском начину посматрања.

3.1. Разликовање између непосредних и посредних уштрба

Према овом схватању, приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме неки правни посао, узимају се у обзир само непосредни уштрби.[79] Непосредним се сматрају они правни уштрби који проистичу из изјављене воље.[80] Према присталицама овог схватања, посредни правни уштрби нису релевантни јер не настају из изјаве воље, већ су последица новог правног стања које је створено предузимањем правног посла.[81] Примењено на конкретне случајеве, ово схватање доводи до следећих резултата: малолетник не може самостално да склопи двостранообавезни облигациони уговор, јер обавеза извршења противчинидбе представља непосредну правну последицу тог уговора.[82] С друге стране, обавеза плаћања пореза на поклон сматра се посредним уштрбом, који се не узима у обзир.[83] Такође, према присталицама овог схватања малолетник може самостално да прими на поклон непокретност оптерећену хи-

[78] Ближе о томе, уместо свих: N. Preuß (2006), 306 и даље.

[79] У том смислу: B. Boemke, B. Ulrici, 146; J. Gernhuber, B. Grunewald, 46 фн. 31; H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 116 и даље; D. Medicus (2006), 219.

[80] B. Boemke, B. Ulrici, 146; D. Leipold, 116.

[81] D. Leipold, 117.

[82] H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 116.

[83] B. Boemke, B. Ulrici, 146; H. Brox, 138; J. Gernhuber, B. Grunewald, 46 фн. 31; H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 117; D. Medicus (2006), 219; M. Wolf, у: V. Emmerich *et al.*, 114 фн. 3. Упор. H. J. Musielak, 124, који сматра да су јавноправни терети ирелевантан правни уштрб, јер нису правна последица акта стицања и да самим тим не улазе унутрашњу садржину правног посла, већ представљају садржинско ограничење права својине.

потеком или стварном службеношћу, јер су ови терети ограничени искључиво на поклоњену непокретност,[84] тако да за њих малолетник не одговара осталом својом имовином.[85] С друге стране, заступници ове концепције сматрају да малолетник не може самостално да дâ изјаву о прихватању наследства,[86] јер наследник одговара за оставиочеве дугове не само наслеђеном, већ и својом посебном имовином.[87] Такође, малолетни поклонопримац не може самостално да закључи уговор о поклону чији је предмет нека имовинскоправна целина,[88] јер својом посебном имовином одговара за дугове те имовинскоправне целине.[89]

Добра страна ове теорије јесте та што је поставила поуздан критеријум за разграничење релевантних од ирелевантних имовинскоправних уштрба. Малолетник и његов сауговорник у сваком конкретном случају знају да ли из њихове сагласности воља за малолетника проистиче настанак неке обавезе, губитак права и сл., тако да на основу тога могу поуздано да утврде дозвољеност склапања одређеног уговора. Међутим, велики недостатак овог схватања огледа се у томе што оно не узима довољно у обзир заштитну функцију ограничене пословне способности.[90] Ако се инсистира на томе да малолетник не може самостално да купи неку ствар по изузетно повољној цени, јер обавеза плаћања цене представља правни уштрб, због чега онда не треба узети у обзир обавезу малолетника да плати порез на поклон. Обавеза плаћања пореза не извире из сагласности воља поклонопримца и поклонодавца, али представља неизбежну

[84] H. Brox, 138; H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75; D. Leipold, 117; D. Me dicus (2006), 219.

[85] На том становишту стоји и судска пракса. Баварски врховни суд сматра да не постоји правни уштрб онда када је малолетнику поклоњена непокретност оптерећена плодоуживањем и правом прече куповине. Вид. BayObLG 2Z BR 85/98, 29. V 1998, *Neue Juristische Wochenschrift* 48/1998, 3574 и даље. У образложењу (стр. 3576), суд истиче да је за такво пресуђење одлучујуће то што се малолетник не обавезује на давање из имовине коју је поседовао пре склапања уговора, нити ту имовину оптерећује. Плодоуживање и право прече куповине представљају стварноправне терете на непокретности која је стечена на основу уговора, и не заснивају никакву личну одговорност малолетног прибавиоца. Међутим, ако је малолетнику поклоњена непокретност на којој постоји реални терет, такав уговор ствара за поклонопримца релевантан правни уштрб, јер § 1108 BGB не искључује личну одговорност сопственика за реалне терете. Вид. J. Wilhelm, „Das Merkmal lediglich rechtlich vorteilhaft bei Verfügungen über Grundstückrechte", *Neue Juristische Wochenschrift* 33/2006, 2354.

[86] H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75.

[87] О одговорности наследника за оставиочеве дугове у немачком и српском праву, вид. уместо свих са упућивањима: Д. Ђурђевић (2010), 330 и даље.

[88] H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75.

[89] Вид. § 419 BGB и чл. 452 ЗОО.

[90] За критику вид. Preuß (2006), 306; R. Stürner, 402 и даље.

правну последицу закључења уговора о поклону и имовинскоправни уштрб за поклонопримца.[91] Са становишта заштите малолетника ирелевантно је да ли неки уштрб извире из сагласности воља уговорних страна или је настао као нужна последица новог правног стања које је створено правним послом.[92] Прописујући да малолетник не може самостално да предузме правни посао којим стиче обавезе (односно имовинскоправни уштрб) законодавац је тежио да га заштити од угрожавања сопствене имовине. Правни поредак, управо због тога што држи да малолетна особа није способна да „трезвено процени последице своје одлуке“,[93] не дозвољава јој да сама одмерава да ли су правне користи које ствара прави посао довољне да покрију правне уштрбе који се за њега везују, већ доношење такве оцене резервише за законског заступника.[94]

Такође, заступници овог схватања нису увек консеквентни када га примењују на конкретне случајеве. На пример, Хајнрихс тврди да су ирелевантне посредне последице правног посла, да би из тога казао да малолетник не сме самостално да се прихвати наследства или да прими на поклон имовинскоправну целину.[95] Одговорност наследника за оставиочеве дугове, као и одговорност поклонопримца за дугове имовинскоправне целине коју је добио на поклон, не представљају непосредна правна дејства наследне изјаве, односно уговора о поклону.[96] Медикус, коментаришући једну судску одлуку, правилно опажа да разликовање у правној квалификацији пореза на поклон (ирелевантан правни уштрб) и одговорности поклонoприм-

[91] Упор. H. Köhler (1983), 237, који критикује ово схватање са становишта заштите малолетника и родитељског старања, јер оно доводи до тога да се узимају у обзир незнатни непосредни уштрби, док се остављају по страни они који теже погађају имовинске интересе малолетника, само због тога што су посредна последица правног посла.

[92] На том становишту стоји и немачки Савезни врховни суд (BGH) у образложењу једне своје одлуке из 2005. године, где је истакнуто да имовину малолетника ништа мање не угрожава правни уштрб који је од стране законодавца одређен као последица правног посла, од оног правног уштрба које су уговорне стране саме предвиделе. Вид. BGH V ZB 13/04, 25. XI 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/2005, 418.

[93] H. M. Pawlowski, 93. Упор. В. Водинелић (1999), 34: „малолетници су често ускраћени за зрелост расуђивања о потреби за послом, о повољности посла и о ризицима“.

[94] Упор. K. Larenz (1977), 88, који каже: „Овакво уско тумачење оправдава се схватањем да одмеравање користи и уштрба и одлучивање о томе да ли за предузимање правног посла постоји разложан интерес малолетника, треба начелно препустити законском заступнику.“

[95] H. Heinrichs, у: O. Palandt (Hrsg), 75.

[96] Вид. уместо свих: O. Jauernig (Hrsg), 48, који одговорност наследника за дугове сматра правним уштрбом који не извире из правног посла, већ је са правним послом повезан.

ца за дугове имовинскоправне целине коју је добио (релевантан правни уштрб), није могло да настане без освртања на економско становиште.[97] Он каже да: „јавноправни терети једне непокретности редовно би требало да могу да буду покривени из њених прихода, док одговорност примаоца имовинске целине угрожава супстанцу стечене имовине (а услед трошкова поступка чак и преосталу имовину преузимаоца).“[98]

3.2. Разликовање према критеријуму економског начина посматрања

Схватање по коме релевантне од ирелевантних правних уштрба треба разликовати према критеријуму економског начина посматрања поставио је Ролф Штирнер.[99] Овај аутор анализира становишта у судској пракси и литератури[100] и долази до закључка да разликовање релевантних од ирелевантних правних ушрба према критеријуму посредних и непосредних последица правног посла није крунисано успехом.[101] Он сматра да сваки правни посао носи одређени правни уштрб, али да су многи од тих уштрба у правном промету безопасни (*ungefärliche Nachteile*). Због тога се залаже за циљно тумачење § 107 BGB и за примену телеолошке редукције. На тај начин, под удар законске норме која забрањује малолетнику самостално предузимање правних послова који му доносе имовинскоправни уштрб потпали би само они послови за које се везују тзв. „опасни правни уштрби (*gefärliche Nachteile*).“[102] Да ли је неки правни уштрб опасан или безопасан, то се према Штирнеровом схватању може одредити само помоћу економског начина посматрања. Он сматра да је безопасан онај правни уштрб који може само да умањи или у најгорем случају потроши типичан економски раст који собом носи правни посао. Насупрот томе, правни уштрб је опасан када може да доведе до смањења малолетникове имовине коју је поседовао пре предузимања правног посла или да малолетника обавеже на неко посебно чињење или пропуштање.[103] Сам Штирнер признаје да овакво разграничење претпоставља да се могуће последице правног посла одмеравају на основу уобичајеног животног искуства. Не може бити релевантан онај имовинскоправни губитак који настаје у крајње изузетним околностима и при потпуно невероватном току дешавања, већ се узима

97 D. Medicus (1999), 117

98 *Ibid*.

99 R. Stürner, „Der lediglich rechtilche Vorteil“, *Arhiv für die civilistische Praxis* 5/1973, 402 и даље.

100 *Ibid*, 405 416.

101 *Ibid*, 416.

102 *Ibid*, 420.

103 *Ibid*, 421.

у обзир само правни уштрб који се појављује према редовном току ствари. За оцену опасности правног посла релевантна су уобичајена схватања у правном промету.[104]

Примена овог схватања на конкретне животне ситуације доводи до следећих резултата: малолетник не може самостално да закључи двостранообавезан уговор упркос томе што се његов сауговорник обавезује на противчинидбу. Овакав став образлаже се тиме што према општем животном искуству, синалагматични уговори могу да угрозе малолетника, с обзиром на то да чинидба његовог сауговорника често вреди мање од онога на шта се он обавезао.[105] Повећање ризика од одговорности које са собом носе поједини правни послови не представља опасан правни уштрб.[106] На пример, ако малолетник добије на поклон пса, поседовање такве ствари повећава његов ризик од одговорности, јер према § 833 BGB онај који држи животињу, дужан је да надокнади штету која је настала услед тога што је она усмртила другог човека, нанела му телесну повреду, нарушила му здравље или му је оштетила ствар. Према Штирнеровом схватању, малолетник може без сагласности свог заступника да прихвати пса који му је понуђен на поклон. Полази се од тога да повећање ризика од одговорности не представља релевантан правни уштрб јер од предузимања правног посла до одговорности: „не води неизбежна или тешко заустављаива аутоматика, већ скривљено противправно понашање малолетника.“[107] Осим тога, повећање ризика од одговорности не може се отклонити поништењем правног посла, јер се везује за чињеничне односе, при чему је ирелевантно да ли је стечена својина на ствари.[108] Јавноправну обавезу малолетног поклонопримца да плати порез на поклон, Штирнер такође квалификује као безопасан правни уштрб, јер сматра да овај порез умањује имовину малолетног поклонопримца у незнатном обиму.[109] Он држи да је за порез на поклон типично то што не представља опасност за имовину малолетног поклонопримца и да би сваки правичан и разуман законски заступник, упркос постојању таквог уштрба, морао дозволити склапање уговора о поклону.[110] Штирнер, додуше, не пориче да би порез на поклон могао представљати опасност за малолетног поклонопримца у хипотези да он проћерда поклоњено добро и да му услед тога не остане довољно за плаћање пореза. Међутим,

[104] *Ibid*, 421.

[105] *Ibid*, 421 422.

[106] *Ibid*, 425 426.

[107] *Ibid*, 426.

[108] *Ibid*, 426.

[109] *Ibid*, 427.

[110] *Ibid*, 420.

ова опасност је предупређена тиме што малолетни поклонопримац не може самостално да отуђи своја добра, па чак ни она која су му поклоњена.[111]

Штирнерово схватање није остало без утицаја на немачку судску праску. Тако, немачки Савезни врховни суд (*BGH*) позвао се управо на поменут Штирнеров рад из 1973. године када је у образложењу једне своје одлуке казао: „Могуће је ипак да се за одређене правне уштрбе узме да нису обухваћени пољем примене § 107 BGB због тога што је за њих типично да имају сасвим незнатан потенцијал угрожавања. Ово важи у сваком случају за такве личне обавезе које погађају малолетника на основу закона, а које су услед свог ограниченог обима тако економски безначајне да се, независно од околности конкретног случаја, ускраћивање одобрења законског заступника не би могло оправдати.“[112]

Оваквом схватању упућене су оштре критике. Шмит сматра да схватање о економском начину посматрања не гарантује потпуну заштиту малолетника.[113] Ако се пође од тога да су ирелевантни сви они правни уштрби за које је типично да имају незнатан потенцијал угрожавања, онда би то значило да правни поредак толерише те исте уштрбе и онда када су у неким посебним ситуацијама опасни. Шмит даље закључује да би у таквим, посебним ситуацијама, правни посао који је довео до умањења малолетникове имовине био квалификован као безопасан (малолетник би могао да га предузме самостално).[114] Такав приступ није прихватљив са становишта заштите малолетника, јер управо због тога што не поседује довољно искуства у правном промету, малолетник не може у потпуности да сагледа околности под којима предузима одређени правни посао: да ли су оне такве да одређене ризике чине безначајним, или је у питању нека атипична констелација у којој тај исти ризик постаје опасан.[115] Келер иде корак даље у оспоравању Штирнеровог критеријума са становишта заштите малолетника.[116] Овај аутор сматра да чак и онда ако би се претпоставило да ће неки правни уштрб који се везује за стицање непокретности (на пример, јавноправни терет) бити покривен вредношћу стеченог добра, не може се порицати постојање опасности за малолетникову имовину. Све док малолетник не отуђи непокретност коју је добио на поклон (што је често скопчано да великом муком), он ће

---

[111] *Ibid*, 427, фн. 79.

[112] BGH V ZB 13/04, 25. XI 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/2005, 418.

[113] J. Schmitt, „Der Begriff der lediglich rechtich vorteilhaften Willenserklärung i. S. des § 107 BGB“, *Neue Juristische Wochenschrift* 16/2005, 1092.

[114] *Ibid.*

[115] *Ibid.*

[116] H. Köhler (1983), 227.

морати за настале пореске обавезе да одговара имовином коју је поседовао пре склапања уговора о поклону.[117]

Штирнеровом становишту може се замерити и то што не узима довољно у обзир разлоге правне сигурности. Разликовање релевантних од ирелевантних уштрба на основу тога да ли је „неки уштрб тако економски безначајан да се, независно од околности конкретног случаја, ускраћивање одобрења законског заступника не би могло оправдати,“ не представља јасан и сигуран критеријум који је лако уочљив за сваког учесника у правном промету.[118]

3.3. Разликовање према критеријуму старатељског начина посматрања

Творац схватања по коме релевантност правног уштрба треба ценити према критеријуму старатељског начина посматрања јесте немачки правник Хелмут Келер.[119] Он полази од тога да свако проширивање круга правних послова које малолетник може самостално да предузима има за последицу ограничавање родитељског старања, јер квалификација неког правног уштрба као безопасног, па самим тим ирелевантног, значи истовремено да онај који тумачи и примењује закон (на пример, судија) својим виђењем корисности и штетности неког правног посла потискује право родитеља да одлучују о имовини свог детета.[120] Овај аутор сматра да су у првом реду родитељи (односно законски заступници) малолетника позвани да оцењују да ли је правни посао опасан или безопасан. То представља суштински унутрашњи елеменат права родитеља да се старају о имовини детета. Осим тога, родитељи су у најбољем положају да процењују корисност и штетност правног посла за њихово дете, јер су упознати са комплетном ситуацијом, као и са тиме како специфичне околности појединог случаја могу да се одразе на његову имовину и лична добра. Одатле Келер изводи закључак да руководеће начело треба да буде: у случају сумње узима се да је потребна сагласност законског заступника. Он сматра да такав приступ одговара тенденцији законодавца да круг правних послова које малолетник може самостално да предузме буде што мањи.[121] На основу овако постављеног руководећег начела, Келер предлаже следећи критеријум за разграничење релевантних од ирелевантних правних уштрба: малолетник не сме самостално да предузме оне правне послове код којих је, с

[117] *Ibid.*

[118] Упор. H. Köhler (1983), 227; J. Schmitt (2005), 1092.

[119] H. Köhler, „Grundstücksschenkung an Minderjährige ein lediglich rechtlicher Vorteil?“, *Juristenzeitung* 7/1983, 225 и даље.

[120] *Ibid*, 228.

[121] *Ibid*, 228.

обзиром на природу и обим правних уштрба који су са њима повезани, неопходна контрола законског заступника. С друге стране, малолетник сме самостално да предузме оне правне послове са којима су повезани незнатни или удаљени правни уштрби, тако да чине излишном контролу законског заступника.[122] У својој примени на конкретне животне ситуације, ово схватање доводи до тога да малолетни поклонопримац никада не би могао самостално да закључи уговор о поклону који за предмет има непокретну ствар.[123]

Приликом оцене Келеровог схватања о старатељском начину посматрања, треба уважити две чињенице. Пре свега, оно је настало као реакција на Штирнерово гледиште о економском начину посматрања, а осим тога, Келер је своју расправу ограничио само на један мали сегмент правног промета, а то је поклон непокретне ствари. Овај аутор је дао велики допринос проучавању проблематике ограничене пословне способности, а то се посебно односи на његове основне поставке према којима приликом утврђивања да ли је неки правни уштрб релевантан или ирелевантан треба узети у обзир васпитну и заштитну финцију ограничене пословне способности, интересе законског заступања и потребу да се обезбеди поуздање у сигурност правног промета. Међутим, највећи недостатак Келеровог схватања лежи управо у томе што његов критеријум за разликовање релевантних од ирелевантних правних уштрба није отишао даље од тих почетних поставки. Јер када се каже да су релевантни они правни уштрби код којих је с обзиром на њихову природу или обим неопходна контрола законског заступника, тиме се није одмакло од почетка. Учесници у правном промету још увек немају јасан у уочљив критеријум да основу којег би лако и са сигурношћу проценили да ли смеју са малолетником да закључе неки уговор.[124]

3.4. Покушај постављања критеријума за утврђивање релевантних правних уштрба

Приликом оцене да ли је неки правни уштрб релевантан неоходно је уважити четири легитимна правнополитичка циља: васпитну функцију ограничене пословне способности, заштитну функцију ограничене пословне способности, право и дужност родитеља да се старају о имовини детета и поуздање у сигурност правног промета. Да би се ови циљеви уважили, потребно је да се испоштују три захтева.

[122] *Ibid*, 228.

[123] *Ibid*, 230.

[124] Упор. N. Preuß, 307, који критикујући Келерово схватање, примећује да: „одлучујуће питање, када постоји релевантан правни уштрб, према овом гледишту остаје отворено.“

1. Не може се сматрати релевантним правним уштрбом сваки ризик који је повезан са предузимањем правног посла. Не постоји правни посао који у моменту предузимања или у будућности није подобан да угрози имовину лица које га предузима. Уколико би се узели у обзир сви потенцијални правни уштрби, то би значило да малолетник не може самостално да предузме ниједан правни посао, што је у супротности са правом детета на слободан развој личности.

2. Малолетниковим законским заступницима треба омогућити да одмере предности и ризике конкретног правног посла и да на основу тога донесу одлуку да ли тај посао треба предузети или не. Нико не може уместо законског заступника унапред да процењује да ли је неки уштрб сам по себи опасан или безопасан. У супротном, законски заступник не би могао да обави своју основну дужност, а то је да се стара о личности и о имовини малолетника.

3. Критеријум за разграничење мора бити прецизан и лако уочљив како би малолетник, његови сауговорници и законски заступници могли са сигурношћу да утврде да ли је дозвољено самостално предузимање одређеног правног посла.

Полазећи од ових, прилично противречних захтева који се морају испоштовати, сматрам да је утврђивање релевантног уштрба могуће само на основу критеријума његове извесности. То значи да релевантним уштрбима треба сматрати само *извесне правне уштрбе*, тј. оне уштрбе који се испољавају у правној сфери, а који настају на основу чињеница које су објективно утврдиве у моменту предузимања правног посла. Ти уштрби могу потицати из изјављене воље субјекта у правном промету (непосредни уштрби) или из новог чињеничног стања које је створено предузимањем правног посла (посредни уштрби). Насупрот томе, неизвесне правне уштрбе не би требало узимати у обзир приликом оцене да ли малолетник може самостално да предузме правни посао. Неизвесни правни уштрби су они који се везују за чињенице које не постоје у моменту предузимања правног посла, већ се могу (али не морају) појавити у будућности.

Примена критеријума извесности на решавање конкретних случајева довела би до следећих резултата: сваки уштрб који извире из сагласности изјављених воља представља известан и релевантан правни уштрб. Следствено томе, малолетник не сме самостално да закључи ниједан двострано обавезан уговор, нити сме самостално да прими поклон са налогом. Релевантним уштрбом сматра се и обавеза плаћања пореза на поклон. Такође, ако је предмет уговора о поклону нека имовинскоправна целина, лична одговорност малолетника за дугове те целине (чл. 452 ЗОО) такође представља релевантан и известан правни уштрб, јер настаје на основу чињеница које су утврдиве у моменту закључења уговора. Управо код оваквог уговора о

поклону неопходно је искуство законског заступника да би се оценило да ли имовинска целина која је предмет уговора има дугове, колики су ти дугови и да ли се могу покрити вредношћу активе. Исто важи и за позитивну наследну изјаву. Малолетни наследник одговара за оставиочеве дугове, не само наслеђеном већ и својом посебном имовином.[125] Постојање дугова на заоставштини представља посредни, али и у исто време и извесни правни уштрб, који је утврдив већ у моменту давања наследне изјаве. Због тога, давању позитивне наследне изјаве може и треба да претходи процес у коме ће потенцијални наследник да испита да ли у заоставштини има дугова, колико они износе и да ли му се у крајњем случају уопште исплати да се прихвати наслеђа. Ту процену, због недовољног искуства не може да изнесе малолетна особа, и због тога је код прихватања наследства неопходно учешће законског заступника.[126] Такође, малолетник не сме самостално да са својим претком закључи уговор о уступању и расподели имовине за живота. Иако на основу овог уговора малолетник бесплатно стиче одређена уступиочева имовинскоправна добра, са његовим закључењем скопчан је и један извесни правни уштрб који се огледа у томе што се имовина која је њиме обухваћена не узима у обзир приликом израчунавања нужног дела.[127]

Као пример за неизвесне правне уштрбе могу навести обавезу поклонопримца да врати поклон због грубе неблагодарности, обавезу поклонопримца да врати поклон или да исплати средства за издржавање осиромашеном поклонодавцу, обавезу поклонопримца да исплати новчану противвредност нужног дела поклонодавчевим нужним наследницима, одговорност за штету коју проузрокује поклоњена животиња или нека друга опасна ствар. Ови уштрби се везују за чињенице које нису објективно утврдиве у време предузимања правног посла. Њихов настанак зависи од тога шта ће се дешавати у будућности, што нико са сигурношћу не може да предвиди. Да ли ће малолетник одговарати за штету коју прозрокује пас који му је поклоњен за рођендан, то се не може ваљано размотрити приликом закључења уговора о поклону, јер нико не може унапред знати како ће се животиња и њен сопственик убудуће понашати.

[125] Вид. уместо свих: Д. Ђурђевић (2010), 332 333.

[126] Ствар другачије стоји са легатом. Ако је малолетнику остављен чист легат (без обавезе да испуни налог, изврши сублегат или да плати неки завештаочев дуг), такво располагање *mortis causa* не ствара за њега никакав извесни правни уштрб. Због тога, малолетник може самостално да дâ изјаву о прихватању чистог легата. У том смислу вид. K. Larenz (1977), 88 89.

[127] Упор. Б. Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд 1983, 308, који каже да се наследноправна дејства уговора о уступању и расподели састоје у томе што се уступиочеви сауговорници одричу од права да после уступиочеве смрти: „постављају било какве наследно правне захтеве у погледу имовине која је била предмет тога споразума."

Такође, обавеза поклонопримца да исплати нужни део поклонодавчевим нужним наследницима није релевантан правни уштрб који би могао ваљано да буде размотрен приликом склапања уговора о поклону, јер настанак ове обавезе зависи од читавог низа будућих и неизвесних околности (да ли ће поклонодавац умрети у року од годину дана од дана када је учинио поклон, да ли ће имати супружника и сроднике који испуњавају услове да стекну својство нужних наследника, да ли ће поклонодавчева заоставштина бити довољна за намирење нужних наследника итд).

Утврђивање релевантног уштрба према критеријуму извесности задовољава све постављене захтеве. Малолетник је заштићен од угрожавања своје имовинскоправне позиције, а истовремено му је остављен простор за слободан развој личности. Учесници у правном промету имају јасан и поуздан критеријум за утврђивање који посао малолетник може самостално да предузме. На крају, малолетниковим родитељима је у потпуности уважено њихово право да се старају о имовини свог детета, јер малолетник не може самостално да створи за себе никакав правни уштрб, чији утицај није могуће меродавно проценити. Родитељима је ускрћено право да оцењују утицај само оних правних уштрба, које иначе, због њихове неизвесности, нико не би ни могао ваљано да размотри.

4. ЗАКЉУЧАК

Под неутралним или правно индиферентним пословима чл. 64, ст. 1 ПЗ подразумева оне правне послове који не стварају ни право нити обавезу за лице које их предузима. За тако постављену категорију не може се рећи да је супротна дефиницији правног посла и да представља *contradictio in adjecto*, јер законодавац не каже да неутрални правни послови не стварају никаква права и обавезе. Напротив, неутрални правни послови стварају права и обавезе, тј. производе правна дејства, али не за лице које их је предузело, већ за неког другог субјекта.

Категорија неутралног правног посла не представља само теоријску конструкцију, већ има и велики практични значај. Неутралан је сваки правни посао који предузме заступник у име заступаног. Према теорији репрезентације, коју је прихватило и српско право, код заступања правни посао предузима заступник (он изјављује вољу), али тај посао не ствара права и обавезе за њега, већ његова правна дејства непосредно погађају заступаног (чл. 85, ст. 1 и 2 ЗОО).

Дефиниција неутралног правног посла која је постављена у чл. 64. ст. 1 ПЗ није довољно прецизна. Законодавац је приликом

нормирања ове одредбе имао у виду само правне послове обвезивања, док су правни послови располагања остали изван његове оптике. Ако би се судови ограничили искључиво на језичко тумачење ове одредбе, то би значило да малолетник може самостално да предузме многе правне послове располагања који нису неутрални, већ напротив, угрожавају његову имовинскоправну позицију. За правилну примену чл. 64, ст. 1 ПЗ неопходно је његово циљно тумачење, при чему се не сме изгубити из вида да је српски законодавац категорију неутралног правног посла преузео из немачког права. Следствено томе, неутрални посао треба разумети као такав правни посао који лицу које га предузима не ствара никакву правну корист нити правни уштрб. Правну корист треба схватити као свако побољшање имовинскоправне позиције лица које предузима правни посао: стицање права, повећање постојећег права, губитак или смањење обавезе или терета и сл. Правни уштрб представља сваки извесни негативни имовинскоправни ефекат за лице које предузима правни посао: настанак обавезе или терета, повећање постојеће обавезе или терета, губитак или смањење права и сл.

Примењена на практичне животне ситуације, оваква интерпретација чл. 64, ст. 1 ПЗ значила би да малолетник може самостално да предузме: 1. правне послове који му доносе само правну корист (на пример, да прихвати чист легат, да као поклонопримац закључи уговор о поклону, али само ако није предвиђена дужност извршења налога и ако се за конкретни поклон не везује обавеза плаћања пореза; да као цесионар закључи уговор о цесији; да са својим повериоцем склопи уговор о отпусту дуга) и 2. неутралне правне послове, који му не доносе ни правну корист нити правни уштрб (на пример, да као пуномоћник закључује било који уговор у име свог властодавца). Малолетник не сме самостално да предузима правне послове који му доносе извесни имовинскоправни уштрб, изузев ако је реч о уштрбу малог значаја. Тако, на пример, малолетник не сме самостално да закључи ниједан двостранообавезан уговор, да се прихвати наследства, да прими на поклон имовинскоправну целину, да прими поклон са налогом или да као поклонопримац закључи уговор о поклону за који се везује плаћање пореза, не сме самостално да уступи своје потраживање, да дерелинквира ствар, нити да опрости дуг.

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

NEUTRAL LEGAL TRANSACTIONS

Summary

Under Article 64 of the Serbian Family Law Act (2005), a minor can independently undertake neutral legal transactions (*neutrale Rechtsgeschäfte*), *i.e.* the transactions by which he or she does not assume any rights or obligations. This rule, shaped after a similar rule of German law, caused a number of controversies amongst Serbian lawyers and legal scholars. While some of them negate the idea of neutral legal transaction, claiming that it represents a contradiction in terms; others do not reject the notion of neutral legal transactions, but have no settled catalogue of the legal transactions which qualify as neutral.

The author offers a scrupulous and detailed comparative analysis of the rules on, and theoretical readings of, the neutral legal transactions; and lays open some practical situations in which these rules may apply. The author disapproves of the way in which the abovementioned rule of Serbian law is phrased, and argues that the term „neutral legal transaction" should correspond to a legal transaction which does not produce any relevant legal advantage or disadvantage to the person who is undertaking it. The focal point of the notion of neutral legal transactions is the absence of any relevant legal benefits or drawbacks to the subject entering into such transaction, and not merely the fact that he or she does not assume any rights or obligations.

The author asserts that every legal transaction causes certain drawbacks (legal, instructional, direct, indirect, certain, uncertain) to the subject, and thus tries to detect the drawbacks which should be deemed relevant. To this end, the author scrutinizes different theories developed in some foreign legal doctrines, such as the theory of direct v. indirect drawbacks, the theory of economic drawback, the custodian theory. He concludes that relevant legal disadvantages (drawbacks) should be those which are certain, that is those which manifest themselves in the legal sphere, and originate from the facts which are objectively detectable at the moment of entering a neutral legal transaction.

Key words: *Minor. – Neutral legal transactions (neutrale Rechtsgeschäfte). – Civil capacity (Geschäftsfähigkeit). – Legal transaction (Rechtsgeschäft).*

УДК 347.755 ; 347.725

Др Вук Радовић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду
vuk@ius.bg.ac.rs

О ПОТРЕБИ ЗА СПЕЦИФИЧНИМ ПРАВНИМ УРЕЂЕЊЕМ КОРПОРАТИВНИХ ЗАЈМОВА

Зајам који акционарско друштво даје својим члановима управе представља очигледан пример правног посла у коме чланови управе имају лични интерес који не мора бити конвергентан са интересима друштва. Упоредна корпоративна пракса је показала да је овај институт био често злоупотребљаван, што је доводило до вишеструких негативних последица по друштво и његове акционаре. Због тога су последњих година интензивиране дискусије везане за унапређење регулативе корпоративних зајмова.

У првом делу рада се анализирају појам и основне карактеристике корпоративних зајмова. Корпоративни зајам је објашњен кроз специфичности које овај уговор диференцирају у односу на класичан уговор о зајму. Након тога, приказана су три законска начина уређивања корпоративних зајмова: традиционалан, конзервативан и модеран. У трећем делу рада су изложени најзначајнији аргументи којима се нападају и бране корпоративни зајмови. У последњем делу је указано на потребу за увођењем специфичних правних правила која би уређивала материју корпоративних зајмова у Србији, као и на оптималне начине на које се то може учинити.

Кључне речи: *Зајам. Корпоративни зајам. Акционарско друштво. Директор. Сукоб интереса.*

1. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОРПОРАТИВНИХ ЗАЈМОВА

Уговором о зајму зајмодавац се обавезује да преда у својину зајмопримцу одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му после извесног времена врати исти износ новца, односно исту количину

ствари.[1] Корпоративни зајам (зајам члановима управе, инсајдерски зајам, енгл. *executive loan*, *insider loan*) је подврста уговора о зајму и има све основне карактеристике овог уговора. Међутим, у односу на класичну дефиницију уговора о зајму, корпоративни зајам има и одређених специфичности које га издвајају и оправдавају његово одвојено проучавање.

1.1. Акционарско друштво као зајмодавац

Зајмодавац код корпоративног зајма је привредно друштво. Из угла права привредних друштава следеће питање има претходни карактер: могу ли привредна друштва да дају зајмове или је то право резервисано само за банке? Најстарије право је, примењујући *ultra vires* доктрину, забрањивало привредним друштва да дају зајмове, осим уколико то није била њихова основна делатност.[2] Касније је ово становиште модификовано. Прихватила се чињеница да друштва некада морају да позајме новац како би успела на тржишту.[3] Међутим, остаје правило да се само банке могу бавити давањем кредита (зајмова),[4] док привредна друштва која нису банке то могу чинити само у мери у којој је то потребно за успешно обављање њихових делатности.[5] Корпоративни зајмови се у сваком случају могу третирати као делатност акцесорног карактера, јер је њихов циљ да кроз појачану мотивацију чланова управе утичу на остваривање бољих резултата друштва у предстојећем периоду.

Премда се о корпоративном зајму може говорити у контексту сваког привредног друштва, правно су релевантни једино они зајмови које дају друштва капитала. Друштва лица, због постојања неограничене одговорности чланова за обавезе друштва, с правом нису обухваћена законским правилима о корпоративним зајмовима. У даљем тексту ће се под зајмодавцима сматрати само акционарска друштва, јер се практични проблеми у вези с овом врстом зајма јављају само код ове врсте друштава капитала, као и због чињенице

[1] Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, чл. 557.

[2] Више вид. M. Forde, H. Kennedy, *Company Law*, Thomson Round Hall, Dublin 2007[4], 145.

[3] Више вид. J. W. Bernard, „Corporate Loans to Directors and Officers: Every Business Now a Bank?“, *Wisconsin Law Review* 1988/1988, 240 241.

[4] Чл. 5(2) Закона о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005.

[5] Супротно правило би дискредитовало кредитну функцију банака, јер оне приликом давања кредита морају да поштују бројна ограничења предвиђена посебним прописима. Друга акционарска друштва би требало да узму у обзир та ограничења, али нису дужна да по њима поступају. Вид. J. W. Bernard, 267 270.

да се велики број друштава са ограниченом одговорношћу могу изузети од примене рестриктивних законских правила о корпоративним зајмовима. Међу акционарским друштвима као зајмодавцима, неки закони праве разлику између отворених и затворених друштава, тако што на отворена акционарска друштва примењују строжа правила, односно неке забране и ограничења везују само за отворена акционарска друштва.[6] Поједини аутори заступају супротно становиште, по коме код отворених акционарских друштава постоји мања потреба за ограничавањем корпоративних зајмова, због бројних додатних правила корпоративног управљања која се на њих примењују (на пример, ригорозна правила о детаљном објављивању, веће присуство независних директора у органима управљања и специјализованим комисијама, и сл.).[7]

1.2. Ограничен круг зајмопримаца

Зајмопримци код уговора о корпоративном зајму су чланови управе зајмодавца. Очигледно блиска веза између зајмодавца и зајмопримца је из угла права акционарских друштава и корпоративног управљања најпроблематичнија карактеристика корпоративних зајмова. Њихов инсајдерски карактер условљава потребу за посебном законском регулативом. Као зајмопримци се код корпоративног зајма могу јавити и друга лица запослена у друштву. Међутим, због слабијег интензитета агенцијских проблема у тим ситуацијама, у праву се ови зајмови не третирају корпоративним и на њих се не примењују посебна правила.

Прецизно одређивање зајмопримца један је од првих задатака законског уређивања ове материје. Индивидуализацијом зајмопримаца се сужава или шири примена специфичних законских правила. Како се ова правила састоје од ограничења или забрана, круг обухваћених лица мора бити најуже постављен и јасно дефинисан, да не би било забуне око персоналног домена примене.[8] Као минимум треба обухватити следећа лица:

---

6 Британски Компанијски закон (*Companies Act*, даље: британски CA) из 2006. године, чл. 197 (примењује се на сва друштва капитала) и 198 201 (примењују се само на јавна друштва).

7 J. W. Bernard, 272 273. Исти аутор сматра да друштвима са малим бројем акционара треба дозволити да једногласном одлуком искључе примену строжих правила на зајмове члановима управе, а да се заправо треба фокусирати на друштва средње величине.

8 О критици Сарбејнс Окслијевог закона у том погледу више вид. S. A. Pow er, „Sarbanes Oxley Ends Corporate Lending to Insiders: Some Interpretive Issues for Executive Compensation Surrounding the Section 402 Loan Prohibition“, *UMKC Law Review* 71/2003, 922.

- чланове органа управљања и пословођења (чланове управног одбора, чланове извршног одбора и генералног директора);
- чланове надзорног одбора у дводомним системима управе;
- прокуристе;
- директоре у сенци (скривене директоре, енгл. *shadow directors*);[9]
- *de facto* директоре;
- директоре контролног друштва када зајам даје зависно друштво;[10]
- повезана друштва зајмодавца и њихове чланове управе;
- повезана лица са неким од руководилаца набројаних у претходним тачкама (на пример, супружник, дете, родитељ, ортачко друштво у коме је директор ортак, једночлано друштво директора, и сл.).[11]

1.3. Писмена форма

Уговор о зајму је према општем правилу неформалан уговор и настаје када се уговорне стране сагласе о његовим битним елементима (предмет зајма и време трајања).[12] Писмени облик се захтева само код посебне врсте зајма – уговора о кредиту.[13] Корпоративни зајам, теоријски неформалан, у пракси се увек закључује у писменој форми. Штавише, он је често саставни део уговора који члан управе закључује са друштвом (тзв. менаџерски уговор), што посредно указује на то да је корпоративни зајам специфична врста накнаде, која се даје у форми зајма.

1.4. Новчани зајам

За разлику од уговора о зајму, чији предмет може бити свака замењива ствар, предмет корпоративног зајма је увек одређен износ

[9] Из концепта директора у сенци треба искључити она лица која у оквиру своје професије саветују директоре (на пример, правници, рачуновође, порески са ветници, и сл.). Вид. D. D. Prentice, *Companies Act 1980*, Butterworths, London 1980, 94; D. Keenan, Josephine Bisacre, *Smith & Keenan's Company Law*, Pitman Publishing, London 1996[10], 303.

[10] M. Bruce FCIS, *Rights and Duties of Directors*, Tolley 2000[3], 90.

[11] О потреби да се домен примене специфичне регулативе корпоратив них зајмова прошири и на повезана лица са директорима вид. J. W. Bernard, 273. У британском праву су правилима о корпоративним зајмовима обухваћени и сви запослени у друштву.

[12] С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, II, Савремена администрација, Београд 1995, 1018 1019.

[13] ЗОО, чл. 1066(1).

новца.[14] Премда не постоји забрана да корпоративни зајам буде дат и у форми робног зајма, у пракси је он искључиво новчаног карактера.

1.5. Дугорочни зајам

Време трајања је битан елемент сваког уговора о зајму, а сходно томе и корпоративног зајма. Уговорне стране се морају споразумети о два рока: рок у коме је друштво дужно да преда новац директору и рок у коме је директор дужан да новац врати друштву. Ако се новац не даје, односно не враћа одједном, потребно је прецизирати рате и рокове за сваку рату, при чему ни рате ни рокови не морају бити једнаки.[15]

Према дужини трајања обавезе зајмодавца зајам може бити краткорочан, средњорочан и дугорочан. Корпоративни зајам је најчешће дугорочан, а према неким истраживањима спроведеним у САД, његова просечна дужина трајања износи око пет година.[16] Краткорочни корпоративни зајмови су могући, али се ретко користе. Идеја која стоји иза коришћења корпоративних зајмова као накнаде је да се одређена лица која поседују одговарајуће знање, вештине и таленат за дужи период вежу за друштво, а то се не може постићи уговарањем краћег рока. Из тог разлога, краткорочни корпоративни зајмови се не могу посматрати као врста накнаде члановима управе.

1.6. Зајам под повлашћеним условима

Корпоративне зајмове карактерише постојање повлашћених клаузула, што ове уговоре разликује у односу на уговоре о зајму које дају банке (традиционални професионални зајмодавци).[17] Када би друштво дало зајам свом генералном директору под уобичајеним тржишним условима без икаквих погодности, онда се такав зајам из угла права акционарских друштава ни по чему не би могао разликовати од других уговора које тај исти директор закључује са друштвом, а у којима постоји сукоб интереса (на пример, уговор о продаји којим директор од друштва купује одређену робу). Одредбе уговора о зајму којима се чланови управе као зајмопримци привилегују у од-

[14] Више о предмету зајма вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990^7, 636 637.

[15] V. Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, PRiF, Zagreb 1998, 718.

[16] K. Shastri, K. M. Kahle, *Executive Loans*, 2003, EFA 2003 Annual Confer ence Paper No. 184, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract 423447*, 15.7.2009., 10 12.

[17] G. Strauss, „Execs Reap Benefits of Cushy Loans“, *USA Today*, 23.12.2002., 1B.

носу на друга лица у суштини претварају овај уговор у неформалну врсту накнаде.

Посебно се издвајају три повлашћене клаузуле: нижа каматна стопа, могућност отпуста дуга и необезбеђеност потраживања зајмодавца.

а) *Нижа каматна стопа.* – Корпоративни зајмови се могу уговарати као теретни (са каматом) и бестеретни (доброчини, бесплатни, без камате). Члан управе који узме кредит од банке мора да плати тржишну каматну стопу прописану за потрошачки кредит, а ако узме зајам од друштва у коме ради, постоје три могућности: прво, да уговори тржишну каматну стопу или каматну стопу која је мало нижа од тржишне; друго, да закључи уговор без камате (честа варијанта);[18] и треће, да закључи уговор са каматном стопом знатно нижом од тржишне – тзв. бенефицирана каматна стопа (најчешћа варијанта).[19] Разлика између тржишне и бенефициране каматне стопе представља накнаду члановима управе.[20] Иако је дужност чланова управе да се старају да друштво не даје зајмове по неповољним каматним стопама, они своју дужност не би прекршили ако је смисао повољних камата или бескаматних зајмова у давању накнаде за извршене услуге управљања и пословођења.[21]

б) *Отпуст дуга.* – Друга повлашћена клаузула у уговорима о корпоративном зајму тиче се могућег отпуста дуга. Ово је најзначајнија погодност коју чланови управе могу очекивати од корпоративног зајма. Она се често уговара, а у многим случајевима друштва опраштају дуг члану управе и када то није било предвиђено.[22] Према томе, чак и уговори који немају ову клаузулу могу подстаћи директоре на добар учинак, јер они очекују да ће им друштво касније опростити дуг. Оваква пракса је узела маха, тако да се у неким друштвима подразумева да ће након одређеног периода дуг бити отпуштен. Пре-

18 Према истраживањима спроведеним у САД, око 25% друштава даје бес каматне корпоративне зајмове. P. Hodgson, „My Big Fat Corporate Loan“, *The Corpo rate Library*, 2002, доступно на адреси: *http://www.thecorporatelibrary.com/product documents/1518 my big fat corporate loan.pdf*, 15.11.2010., 2.

19 Емпиријски подаци показују да висина каматне стопе често зависи од на мене корпоративног зајма. Више вид. K. Shastri, K. M. Kahle, 5 6.

20 L. A. Bebchuk, J. M. Fried, *Pay Without Performance The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, Cambridge MA London 2004, 115.

21 R. Watter, K. Maizar, „Structure of Executive Compensation and Conflicts of Interests Legal Constraints and Practical Recommendations under Swiss Law“, L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), *Conflicts of Interest Corporate Governance & Financial Markets*, Kluwer Law International, Genève Zurich Bâle 2007, 61.

22 Овде треба имати у виду да за пуноважност споразума о отпусту дуга није прописана нека посебна форма, односно није потребно да буде закључен у писаној форми као ни уговор о корпоративном зајму. Упор. ЗОО, чл. 344(2).

ма критичарима инсајдерског задуживања, посебан проблем наступа у ситуацији када друштва у лошој финансијској ситуацији почну да опраштају дугове.[23]

Друштва могу опростити главницу дуга, камате, неки проценат главнице или камата, или цео дуг. Према неким истраживањима отпуст дуга користи око 25% друштава у САД,[24] што указује на то да је ово прилично распрострањена пракса.

Отпуст дуга се најчешће везује за протек одређеног времена. Члану управе се ставља у изглед да ће му дуг бити опроштен ако до одређеног тренутка остане у друштву. Што је дужи период за отпуст дуга, то је већи његов подстицајни ефекат. Опроштај се заснива на јасној пословној стратегији, јер се користи као средство за задржавање квалитетних појединаца.[25] Чланови управе имају финансијски стимуланс да остану у друштву барем до времена када се очекује отпуст дуга.

Постоји опасност да се отпуст дуга члановима управе квалификује као неки од института којима се нарушава принцип целовитости основног капитала (на пример, отпуст се може посматрати као супротан забрани потпуног или делимичног опроштаја обавезе уношења улога, као начин заобилажења законом прописаног начина расподеле добити, као супротан забрани пружања финансијске подршке за стицање својих акција, као непоштовање одредаба о ограничењима плаћања, и сл.).[26] Међутим, ако се отпуст схвати као врста накнаде, он неће бити противан принципу целовитости основног капитала.[27]

в) *Необезбеђеност.* – Следећа погодност корпоративних зајмова односи се на њихов специјалан третман у погледу обавезе пружања средства обезбеђења зајмодавцу. Наиме, код њих се или не захтева обезбеђење или се као обезбеђење дају акције друштва чије се стицање финансира овим зајмом.[28] Акције које служе као средство обезбеђења се најчешће не смеју отуђити све док се зајам не врати. И поред могућег проблема ликвидности, коришћење акција као сред-

[23] S. A. Power, 915.

[24] P. Hodgson, 2.

[25] S. A. Power, 914.

[26] О принципу целовитости (неокрњености) основног капитала акционар ског друштва више вид. М. Васиљевић, *Компанијско право право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009[4], 304 305; Н. Јовановић, „Капитал привредног друштва" (ур. М. Васиљевић, В. Радовић), *Корпо ративно управљање другi део (Зборник радова)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 175 177.

[27] R. Watter, K. Maizar, 62.

[28] P. Hodgson, 2.

ства обезбеђења се не оспорава.[29] Овај проблем посебно добија на актуелности у време погоршања финансијског положаја друштва.

1.7. Наменски зајам

Зајмови се према намени деле на ненаменске, које зајмопримац може користити у било коју сврху, и наменске, код којих се уговором унапред утврђује намена за коју се примљена средства морају користити. Корпоративни зајмови су увек наменски.[30] Путем контроле коришћења одобрених средстава друштво може да постигне и друге корисне циљеве (на пример, да додатно веже члана управе за себе). Корпоративни зајмови се према намени могу поделити у две групе: зајмови за пресељење и зајмови за куповину акција и акцијских опција.[31]

а) *Зајмови за пресељење.* – Зајмови за пресељење (зајмови за останак, енгл. *relocation loans*) су врста корпоративних зајмова, који се користе за куповину стана, аутомобила и других ствари потребних за живот у једном месту. Они у правом смислу те речи представљају супститут за фиксну накнаду. Уместо да се члановима управе да већа накнада (на пример, у виду иницијалних бонуса), и тако омогући потпуна слобода коришћења средстава, зајмови за пресељење имају ограничавајући карактер, јер се њима постижу и други циљеви.[32] Они се најчешће користе у ситуацијама када друштво жели да ангажује неког менаџера, који не живи у месту у коме треба да обавља своју делатност. Корпоративни зајам за пресељење треба да помогне члану управе да лакше преброди пресељење (на пример, да купи стан у новом граду, док још није продао стари).[33] Иако су примарно замишљени као зајмови за „регрутовање талентованих кадрова", они се користе и за њихово задржавање. Претпоставка је да ће чланови управе који уложе већа средства у уређење свог животног простора, бити више везани за њега, а посредно и за компанију у којој раде.[34] Због циља који се жели постићи, камате код ових врста зајмова су најниже.

---

29 R. Watter, K. Maizar, 61 62.

30 Ненаменски корпоративни зајмови су неприхватљиви из угла теорије. Упор. P. Hodgson, 3.

31 Лимитирање корпоративних зајмова на наведене намене може ограничити могућност злоупотреба. Вид: B. Kim, „Recent Developments Sarbanes Oxley Act", *Harvard Journal on Legislation* 40/2003, 249 250. О другим врстама корпоративних зајмова вид. P. Hodgson, 5.

32 J. W. Bernard, 261 262.

33 S. A. Power, 935.

34 У том смислу се о њима говори као врсти која спада у ширу категорију тзв. „златних лисица" (енгл. *golden handcuffs*).

б) *Зајам за куповину акција и акцијских опција.* – Зајам за куповину акција или акцијских опција се користи као алтернатива давању накнада у акцијама или акцијским опцијама.[35] Према неким истраживањима ове врсте корпоративних зајмова доминирају.[36] Њихова основна предност је у томе што подстичу развој акционарства међу члановима управе. На питање зашто се то не чини директнијим начинима (давањем накнаде засноване на акцијама), одговор би могао бити да се овим путем чланови управе терају да акције или акцијске опције купују сопственим средствима, добијеним у виду позајмљеног капитала, што појачава њихову одговорност.[37] Корпоративни зајмови за куповину акција се највише користе за уговоре са члановима управе који имају мало капитал-учешће, док су зајмови за куповину акцијских опција чешћи у уговорима са члановима управе са великим капитал-учешћем и високим накнадама.[38]

1.8. Дефиниција корпоративног зајма

Сумирајући све специфичности корпоративног зајма у односу на класичан уговор о зајму, може се формулисати следећа дефиниција:

> Корпоративни зајам је дугорочан и наменски уговор о зајму са повлашћеним клаузулама (нижа каматна стопа, могућност отпуста дуга и/или необезбеђеност) којим се акционарско друштво обавезује да преда у својину члану управе или са њим повезаном лицу одређени износ новца, а члан управе се обавезује да му после извесног времена врати исти износ новца.

2. ЗАКОНСКИ НАЧИНИ УРЕЂИВАЊА КОРПОРАТИВНИХ ЗАЈМОВА

Постоје три основна законодавна приступа регулисању корпоративних зајмова: традиционалан, конзервативан и модеран.

2.1. Традиционалан приступ – примена општих правила о сукобу интереса

Под традиционалним приступом се подразумева непостојање специфичних правних правила која уређују корпоративне зајмове.

---

35 P. Hodgson, 3; R. Watter, K. Maizar, 61.

36 Корпоративни зајмови у акцијама чине око 39%, док зајмови у акцијским опцијама чине око 28% свих корпоративних зајмова. Вид. K. Shastri, K. M. Kahle, 10.

37 R. Watter, K. Maizar, 62.

38 K. Shastri, K. M. Kahle, 5 6.

Наравно, то не значи да су корпоративни зајмови неуређени, већ само да не постоје правила која се примењују искључиво на њих. Корпоративни зајмови су уџбенички пример сукоба интереса, који треба и решавати у оквиру тог института. Према томе, они нису препознати као проблем који заслужује посебну пажњу, ван правила о сукобу интереса. Општа правила о сукобу интереса су у том смислу довољна.

Србија, попут већине европско-континенталних правних система, не уређује корпоративне зајмове.[39] Чланови управе, као лица која имају дужности према друштву, имају начелну обавезу да не користе имовину друштва у личном интересу. Конкретније, сваки правни посао у коме је лични интерес члана управе потенцијално неконвергентан интересима друштва, мора бити посебно одобрен. Код корпоративних зајмова, члан управе је уговорна страна или је уговорна страна са њим повезано лице, тако да је испуњен основни услов за примену правила о сукобу интереса. Уговор о корпоративном зајму је пуноважан ако се испуни један од два алтернативно постављена услова:

- први, уговор је у интересу акционарског друштва у време закључења или у време извршења – у контексту уговора о корпоративном зајму примена овог услова је проблематична, јер посматрано само кроз призму уговорних одредаба, уговор ће ретко бити у интересу друштва (неповољна каматна стопа, одложени отпуст дуга, неадекватно обезбеђење, и сл.), док би се посматрано из угла потенцијалних ефеката на мотивацију чланова управе могао извести супротан закључак;
- други, уговор може бити одобрен већином гласова незаинтересованих чланова управног одбора, а у случају да таква већина не постоји, већином гласова незаинтересованих акционара. У оба случаја лицима која одлучују о одобрењу морају бити откривене или иначе познате све битне чињенице повезане са личним интересом.[40] Одобрење управног одбора је уобичајен начин разрешења проблема сукоба интереса. Међутим, да ли је то право решење и за корпоративне зајмове? Чини се да би одговор на наведено питање морао да буде негативан. Незаинтересовани чланови управног одбора ће по правилу гласати за предложени зајам, јер се у пер-

[39] Слично правило прихвата и амерички *Model Business Corporation Act*, који је својим изменама из 1989. године укинуо специфична правила о корпоративним зајмовима.

[40] О правилима о сукобу интереса у Србији вид. Закон о привредним друштвима ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 31, 33 35.

> спективи и они могу наћи у истој ситуацији. Српско решење има још један недостатак, а тиче се недовољне прецизности обавезе откривања свих битних чињеница у контексту корпоративних зајмова. Упутније би било да се за корпоративне зајмове предвиде посебна правила о томе шта се све обавезно обелодањује пре гласања.

Из наведеног се може закључити да је Србија прихватила принцип условне дозвољености корпоративних зајмова. Општа регулатива сукоба интереса није довољна за адекватно уређивање корпоративних зајмова. Из тог разлога, у Србији би *de lege ferenda* требало размишљати о увођењу посебних правила која би била прилагођена само овој врсти накнаде.

2.2. Конзервативан приступ – апсолутна забрана корпоративних зајмова

Конзервативан прилаз подразумева постојање правила о апсолутној забрани давања корпоративних зајмова. На изненађење стручне и научне јавности, САД су прихватиле овакво становиште. Ово је зачуђујуће посебно имајући у виду да се на САД увек гледа као на предводницу нових тенденција и најмодернијих решења у области права акционарских друштава, која у великом броју случајева због своје софистицираности и сложености нису примењива у остатку света. Шта се то онда догодило са корпоративним зајмовима? Да би се на ово питање одговорило, потребно је укратно приказати историју корпоративних зајмова у САД. Она ће објаснити зашто су се Американци определили за овако конзервативно решење.[41]

На почетку америчке корпоративне историје, зајам члановима управе је био забрањен. Касније се ово правило мењало, тако да су временом све државе увеле у своје компанијске законе одредбе којима под одређеним условима дозвољавају корпоративне зајмове. Услови под којима су корпоративни зајмови били дозвољени су се разликовали од државе до државе, а и одредбе су се стално мењале.[42] Посматрано у целини, био је уочљив јасан тренд ка либерализацији правила о давању корпоративних зајмова, а носилац тих промена је као и увек било право Делавера. Илустративан је у том погледу пример Модел закона, који је првобитно садржао забрану корпоративних

---

[41] Више о историјату корпоративних зајмова у САД вид. J. W. Bernard, 240 246; D. M. Branson, *Corporate Governance*, The Michie Company, Charlottesville 1993, 452 454; S. A. Power, 913 919.

[42] R. Romano, „The Sarbanes Oxley Act and the Making Quack Corporate Gov ernance", *ECGI Finance Working Paper* No. 52/2004, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract 596101*, 19.7.2009., 87.

зајмова (1949. године), након тога их је дозволио али уз сагласност акционара (1969. године), па је касније тај услов заменио са одлуком управног одбора којом треба да се утврди да је зајам у интересу друштва (1985. године), да би на крају укинуо посебан третман корпоративних зајмова и подвео их под општа правила о сукобу интереса (1989. године).[43] Као што се примећује, све је ишло у правцу који се и очекује од САД. Међутим, онда се десио велики заокрет.

Корпоративни зајмови 90-их година постају све популарније средство за ангажовање и задржавање чланова управе.[44] Они су толико били уобичајени да су почели да се препоручују као стандардан део пакета накнада извршним руководиоцима, а користили су га сви, од новооснованих друштава до Мајкрософта.[45] Временом су корпоративни зајмови попримили две негативне карактеристике: постали су претерано високи, а намена им је била неадекватна. Према неким подацима, просечан износ корпоративног зајма је износио око 5,5 милиона долара, а укупна задуженост чланова управе око 5,5 милијарди долара, од чега је милијарду долара опроштено.[46] Износ добијен од зајма није коришћен на начин који би повезивао интересе друштва и чланова управе, већ је новац трошен на луксуз. Зајмови које је примио *Dennis Kozlowski* генерални директор корпорације *Tyco*,[47] *Bernard Ebbers* генерални директор корпорације *WorldCom*,[48]

---

[43] D. M. Branson, 452.

[44] K. Shastri, K. M. Kahle, 2.

[45] S. A. Power, 914.

[46] Наведено према: S. A. Power, 911.

[47] Злоупотребе које је *Dennis Kozlowski* извршио од 1995. године имају епске размере. Ипак, најупечатљивију слику оставља списак луксузних ствари које је куповао и финансирао новцем добијеним од зајмова (на пример, рођенданска прослава супруге на Сардинији са скулптуром Микеланђеловог Давида од леда из кога излази ликер, вредна два милиона долара, 17.100 долара вредан покретни тоалет, 15.000 долара вредно постоље за сунцобран у облику пудлице, 6.300 долара вредан прибор за шивење, 6.000 долара вредна завеса за купатило кућне помоћнице, 445 долара вредан јастук за игле, и сл.). Више вид. B. White, „Tyco Report Painta Picture of Greed", *Washington Post*, 17.9.2002, E1; M. T. Henderson, J. C. Spindler, „Corporate Heroin: a Defense of Perks, Executive Loans, and Conspicuous Consumption", *George town Law Journal* 93/2005, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract 597661*, 19.7.2009., 3; S. A. Power, 911.

[48] *Bernard Ebbers* је у америчкој корпоративној историји познат као генерални директор са највећим дуговањем према свом друштву по основу примљених зајмова. Он је у периоду од септембра 2000. до почетка 2002. године дирекно или индиректно узео зајмове са бенефицираном каматном стопом, вредне више стотина милиона долара, што је чинило око 20% новчаних средстава у билансу стања друштва. Када је напустио друштво, његово дуговање је износило око 408 милиона долара. Већи део тог новца није никада наплаћен. Више вид. L. A. Bebchuk, J. M. Fried, 113; A. M. Sroka, „Sarbanes Oxley Act Hastily Extinguishes Executive Loans: Recommending Less Drastic Regulatory Alternatives", *Suffolk University Law Review* 38/2005, 888 890.

директори друштва *Conseco*,[49] породица *Rigas* од друштва *Adelphia*,[50] само су неки од драстичних случајева неоправданог расипања имовине друштва коришћењем корпоративних зајмова.

При таквим околностима десио се финансијски колапс *Enron*-а, *WorldCom*-а и других корпоративних гиганта. Америка је на новонасталу кризу реаговала брзо и ефикасно, формулисањем предлога Сарбејнс-Окслијевог закона, који је представљао „одговор на специфичан сет уочених проблема у корпоративном управљању".[51] У том контексту је посебна пажња усмерена ка корпоративним зајмовима. Они су се посматрали као један од посредних узрочника пољуљаног поверења у финансијско тржиште. Подаци о енормном задуживању чланова управе и бестидном трошењу на раскалашан живот су постали омиљена тема америчких медија.[52] Првобитно решење Сарбејнс-Окслијевог закона није имало за циљ да забрани корпоративне зајмове, већ да их учини транспарентнијим, увођењем бројних обавеза везаних за њихово објављивање. Изненада се у кампању умешала и извршна власт, на челу са председником Бушом, захтевајући од легислативе да оконча америчку праксу давања корпоративних зајмова. На предлог сенатора Чарлса Шумера, праћен помпезним речима и убеђујућим бројкама,[53] Сенат је у последњим фазама законодавног поступка изменио предложено правило, и забранио америчким друштвима да својим члановима управе дају зајмове.[54] Тако се Америка усвајањем члана 402 Сарбејнс-Окслијевог закона опет нашла тамо где је била пре пола века, али овога пута са много више искуства у овој области и горким укусом у устима што нису изабрали најбоље решење.

[49] Корпорација *Conseco* је имала праксу давања високих зајмова већем броју својих извршних руководилаца. Према подацима из 1999. године 175 милиона долара је дато генералном директору, а 375 милиона долара другим извршним директорима. Сви зајмови су дати за куповину акција. Губици које је *Conseco* претрпео и који су довели до реорганизације се значајним делом могу приписати дуговањима по основу корпоративних зајмова. Вид. L. A. Bebchuk, J. M. Fried, 112 113; Gary Strauss, 1B.

[50] Породица *Rigas* је од друштва *Adelphia* добила око 2,3 милијарду долара, од чега је највећи део дат у новцу, а за све то време компанија је исказивала велике губитке. Новац добијен од друштва је коришћен, између осталог, за куповину хокеј клуба, изградњу голф терена и продуцирање филма. Наведено према: S. A. Power, 918; A. M. Sroka, 891 892.

[51] S. M. Bainbridge, *The Complete Guide to Sarbanes Oxley*, Adams Media, Avon MA 2007, 11.

[52] О улози медија у поступку доношења Сарбејнс Окслијевог закона више вид. H. N. Butler, Larry E. Ribstein, *The Sarbanes Oxley Debacle*, The AEI Press, Wash ington DC 2006, 10 11.

[53] Наведено према: H. S. Bloomenthal, *Sarbanes Oxley Act in Perspective*, West Group, St. Paul, Minn. 2002, 89.

[54] Више о историји доношења ове одредбе Сарбејнс Окслијевог закона вид. S. A. Power, 917 919.

Очигледно је да Сарбејнс-Окслијев закон представља пример брзоплетог одговора датог у стању тржишне панике или оног што се у теорији зове „изненадни акутни регулаторни синдром“.[55] Члан 402 на најбољи начин потврђује овај закључак. Одредба је промењена у последњем тренутку, тако да о њој заправо и није било расправе (ни јавне, а ни парламентарне).[56] Метафора по којој је Конгрес на наведени начин извршио „операцију мозга мачетом“ можда се чини прејаком, али не и нетачном.[57]

Један од проблема члана 402 тиче се чињенице да пре његовог усвајања није извршена економска анализа оправданости увођења таквог правила. Да је извршена, највероватније би показала да трошкови значајно превазилазе користи. Наиме, забрана корпоративних зајмова неће сама по себи утицати на смањење накнаде члановима управе, већ ће се друштва окренути ка неким другим видовима накнада, које чланови управе ниже вреднују у односу на зајам. Због тога ће долар друге накнаде бити скупљи од долара датог у виду зајма, што значи да ће се трошкови друштва повећати, а накнаде се неће снижавати.[58] Према томе, из економског угла ова норма је била потпуно неоправдана, због чега су јој неки аутори наденули епитет најскупље и најдиректније одредбе закона,[59] која је пример преоштре законодавне реакције.[60]

Члан 402 чини се још необичнијим када се има у виду да ни критичари америчке корпоративне праксе давања зајмова извршним руководиоцима нису заговарали њено укидање.[61] Напротив, предлагани су други начини превазилажења уочених проблема, од објављивања, преко увођења обавезне сагласности, до забрана само неких врста зајмова.[62] Неспорно је да ће забрана у перспективи онемогућити зајмове сличне онима које су узимали *Dennis Kozlowski* и *Bernard Ebbers*, што је добра страна, али ће она исто тако забранити и продуктивну и легитимну употребу корпоративних зајмова, што је њена негативна страна.[63]

---

[55] L. E. Ribstein, „Sarbox: the Road to Nirvana“, *Michgen State Law Review* 2004/2004, 293.

[56] R. Romano, 86 87; S. A. Power, 917.

[57] A. Osterland, „The Federal Ban on Corporate Loans Leaves Some Managers Scratching Their Heads“, *CFO Magazine*, 1.12.2002.

[58] Више: R. Romano, 89.

[59] H. N. Butler, L. E. Ribstein, 18, 47.

[60] M. T. Henderson, J. C. Spindler, 40.

[61] Више: R. Romano, 87.

[62] H. N. Butler, L. E. Ribstein, 47.

[63] A. Osterland.

У теорији се указује и да забрана уведена Сарбејнс-Окслијевим законом има и бројне правно-техничке недостатке. Члан 402 је прешироко постављен, тако да су многа питања остала отворена. Посебан је проблем што централни појмови нису дефинисани, а то је створило несигурност око утврђивања опсега забране.[64] Настала конфузија је узроковала нове трошкове, чиме се лоши ефекти настављају. У сваком случају, треба имати у виду да је ово само почетак реформе накнаде члановима управе у САД, а још није јасно у ком ће се правцу реформе даље наставити. Не би требало да изненади ако се корпоративни зајмови опет врате на америчку позорницу, али овога пута као условно дозвољена врста накнаде.

2.3. Модеран приступ – посебна правила о корпоративним зајмовима

Најмодерније је оно законодавно решење које дозвољава корпоративне зајмове, али уз обавезу испуњења одређених специфично формулисаних услова, примењљивих искључиво на ову врсту накнаде. Компанијски закони Велике Британије, Делавера и германских држава представљају примере оваквог приступа, при чему је британски закон опрезнији и рестриктивнији, закон Делавера изразито либералан, док је германски приступ на пола пута између британског и делаверског.

2.3.1. Велика Британија[65]

Велика Британија има дугу историју законског уређивања корпоративних зајмова, која датира још од 1948. године. Од тада је регулатива више пута мењана и унапређивана, али је основни принцип остајао исти – давање корпоративних зајмова је ограничено. Очигледна подозривост Британаца према овом институту је узроковала његову пренормираност.[66] У сваком случају, без обзира на комплексност и непрегледност тих правила, она у целини представљају успео законодавни покушај уређивања ове материје.

2.3.1.1. Правни послови обухваћени посебним правилима

Велика Британија прецизно дефинише правне послове који су обухваћени посебним правилима. Акционарска сагласност се тражи као услов за четири врсте правних послова: зајмове, квазизајмове,

---

64 О проблемима тумачења основних појмова више Sean A. Power, 919 937.

65 Слична правила се примењују и у Републици Ирској, ирски Компанијски закон (*Companies Act*, даље: ирски CA) из 1990. године, чл. 31 40.

66 Британски CA, чл. 197 214.

кредитне правне послове и друге сличне правне послове.[67] За разлику од зајмова, остала три појма нису познати концепти. Идеја је да се забраном обухвате сви они правни послови који се по својој правној природи не би сматрали зајмовима, али чији би економски ефекат био исти. Због тога их неки аутори и називају индиректним зајмовима.[68]

Квазизајам обухвата све оне правне послове код којих трећа страна позајмљује новчани износ члану управе, а који друштво касније плаћа. Укратко, друштво плаћа личну новчану обавезу члана управе, а он касније новац враћа друштву.[69] Квазизајам се најчешће примењује у вези са коришћењем кредитних карти друштва од стране члана управе за личне потребе (на пример, генерални директор у недостатку новца на летовању плати хотелски рачун кредитном картицом друштва). У таквој ситуацији друштво се обавезује да плати доспеле износе издаваоцу кредитне карте, а члан управе да друштву накнади плаћени износ. Да ове забране нема, директор би могао да истакне приговор по коме он није примио зајам од друштва, већ је зајам добило друштво од издаваоца кредитне карте.[70] У правном смислу би се овај аргумент могао прихватити, јер друштво не исплаћује директно износ члану управе. Међутим, суштински је реч о истој ситуацији као да је друштво позајмило средства члану управе да плати коришћени износ новца издаваоцу кредитне карте.[71] Ограничењима су, осим давања зајма и квазизајма, обухваћени и давање гаранције или других видова обезбеђења у вези са зајмом или квазизајмом датим од стране трећег лица члану управе.

Кредитни правни послови су они правни послови код којих друштво члану управе обезбеђује одређену робу или услуге, уз обавезу члана да по протеку одређеног рока изврши плаћање. Бројни су примери оваквих правних послова, а најпознатији би били уговор о финансијском лизингу, уговор о продаји са оброчним отплатама цене или са задржавањем права својине, уговор о промету услуга са одложеним плаћањем накнаде, и сл.

Други слични правни послови обухватају оне послове које треће лице закључи са чланом управе, а спадају у категорију зајмова, квазизајмова или кредитних правних послова, а у вези са којима друштво преузме одговорност за извршење обавезе члана управе.

---

67 Британски CA, чл. 197 203. Слично ирски CA, чл. 31.

68 N. Grier, *UK Company Law*, John Wiley & Sons, Chichester *et al.* 1998, 417 420.

69 D. Keenan, J. Bisacre, 303 304.

70 N. Grier, 418.

71 P. L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2008[8], 552.

Примера ради, ако банка да кредит члану управе, друштву не би било дозвољено да преузме дуг или да приступи дугу.

2.3.1.2. Скупштинска сагласност

Сви горенаведени правни послови су забрањени, осим ако скупштина акционарског друштва претходно не донесе одлуку којом одобрава правни посао.[72] Како су ови правни послови потенцијално веома сложени, не чуди постојање детаљних законских правила и о томе шта се обавезно објављује пре давања сагласности.[73] Ти подаци морају нарочито да открију природу правног посла, вредност коју члан управе прима, намену за коју ће средства бити коришћена, као и процену висине одговорности друштва.[74]

2.3.1.3. Изузетни случајеви

Имајући у виду широк домен примене правних послова чија је пуноважност условљена добијањем акционарске сагласности, закон је идентификовао ситуације у којима се она не захтева. Изузеци се заснивају или на претпостављено смањеном ризику од злоупотреба или на легитимитету правног посла.[75] Сагласност скупштине акционарског друштва се не захтева у следећим ситуацијама:[76]

- зајам је дат члановима управе једночланог зависног акционарског друштва, при чему је матично друштво привредно друштво (изузетак за једночлано друштво);
- зајам даје страно привредно друштво својим члановима управе (изузетак за страна друштва);
- зајам не прелази одређени износ прописан законом (изузетак мале вредности);
- друштво врши плаћање својим члановима управе, а ради накнаде насталих или будућих трошкова у вези са обављањем послова за друштво (изузетак за трошкове пословања друштва);
- друштво финансира одбрану у парничном или кривичном поступку због наводног поступања члана управе противно дужностима (изузетак за трошкове одбране);

[72] Дозвољена је и могућност накнадног давања сагласности, али у том случају она мора бити дата у разумном року.

[73] P. L. Davies, 553.

[74] Више о начину презентовања података вид. D. Keenan, J. Bisacre, 307 308.

[75] P. L. Davies, 553.

[76] Британски CA, чл. 204 209. Слично ирски CA, чл. 32 37.

- зајам је дат члану управе од стране друштва које се професионално бави позајмљивањем новца, при чему уговор није закључен под повољнијим условима од оних који се разумно могу очекивати (изузетак за друштва којима је давање кредита основна делатност);
- зајам је дат повезаном друштву (изузетак за групације друштава).

2.3.1.4. Санкције

Доношењем новог Компанијског закона 2006. године, Велика Британија је укинула кривичне санкције за поступање противно правилима о акционарској сагласности за корпоративне зајмове, тако да су сада санкције искључиво грађанскоправне природе.[77] Оне се састоје у: 1. ништавости правног посла; 2. повраћају профита директно или индиректно оствареног тим правним послом; и 3. солидарној одговорности за накнаду штете друштву. Последње две санкције се односе само на чланове управе који су примили зајам, лица повезана са њима и директоре који су одобрили такав правни посао.[78]

2.3.2. Делавер

Делавер је држава која је до доношења Сарбејнс-Окслијевог закона имала једно од најлибералнијих решења у погледу услова за давање корпоративних зајмова. Према њему, сваком акционарском друштву било је дозвољено да члану управе даје зајам, под условом да директори разумно очекују да ће зајам користити друштву.[79] Зајам може бити са каматом или без камате, може бити необезбеђен или обезбеђен на начин који управни одбор одобри, при чему се акције друштва могу користити као обезбеђење.[80]

Основни проблем законског решења Делавера тицао се стандарда корисности за друштва. Постоји више начина на које зајам под повољним условима може користити друштву и у том смислу је тешко рећи у ком правцу треба усмерити анализу. Корист друштва се

[77] P. L. Davies, 550. Поређења ради, Сарбејнс Окслијев закон поступање про тивно забрани драконски санкционише са новчаном казном од 25 милиона долара и казном затвора до 25 година.

[78] Британски CA, чл. 213. Слично ирски CA, чл. 38.

[79] Овде треба додати две напомене: прва, закон не говори само о зајму, већ и о гаранцијама и асистирању на други начин; друга, делаверски закон има најшири персонални домен примене, јер се он не односи само на директоре друштва и њему зависног друштва, већ и на све запослене (због тога наслов члана и гласи: Зајмови запосленима и извршним руководиоцима).

[80] Делаверски Основни закон о акционарским друштвима (*General Corpora tion Law*, даље: GCL) из 1967. године, § 148.

може посматрати из угла општих перформанси друштва (на пример, повећања вредности његових акција, повећања тржишног учешћа његових производа, јачања везе са снабдевачима и потрошачима, повећања продуктивности, побољшања јавног имиџа), из угла самих уговорних одредаба (на пример, повољна каматна стопа), али и кроз повољне ефекте на самог корисника зајма (на пример, већа лојалност према друштву, охрабривање бољег учинка, повољни услови).[81] Стандард је очигледно еластичан, а питање је да ли ће се иједан судија усудити да преиспитује одлуку да се од зајма датог одређеном члану управе разумно може очекивати да користи друштву.[82] Да ли је овде реч о стандарду без стандарда?[83]

2.3.3. Германски систем

Немачка, Аустрија, Словенија и Хрватска уређују давање зајмова члановима управног одбора, члановима надзорног одбора и члановима њихове уже породице.[84] Давање зајмова осталим лицима (на пример, акционарима и запосленима) је слободно и законски неуређено.

2.3.3.1. Услови за давање кредита

Давање кредита члановима управе је оптерећено следећим условима:[85]

- *Обавезна сагласност надзорног одбора*. – Зајам се може дати само на основу одлуке надзорног одбора. Према томе, исти орган је надлежан за давање зајмова својим члановима, али и члановима управног одбора. Одлука скупштине акционарског друштва не може да надомести одобрење надзорног одбора.[86] У случају да се два друштва налазе у одно-

[81] J. W. Bernard, 256, 261.

[82] B. Sullivan, D. S. Young, „Officers and Directors“, *Wayne Law Review* 18/1972, 969.

[83] J. W. Bernard, 258.

[84] Немачки Закон о акцијама AktG (*Aktiengesetz*) из 1965. године (са изменама до 2009. године), чл. 89, 115; аустријски Закон о акцијама AktG (*Ak tiengesetz*) из 1965. године (са изменама до 2009. године), чл. 80; словеначки Zakon o gospodarskih družbah ZGD (*Uradni list*, бр. 65/2009), чл. 261; хрватски Zakon o trgovinskim društvima ZTD (*Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07 и 146/08), чл. 249, 271.

[85] Немачки AktG, чл. 89(1), 115(1); аустријски AktG, чл. 80(1); словеначки ZGD, чл. 261(1,2); хрватски ZTD, чл. 249(2), 271(2).

[86] Овакво решење није прихваћено у САД и Великој Британији. Вид. H. Flei scher, „Aktienrechtliche Zweifelsfragen der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder“, *WM Zeitschrift für Wirtschafts und Bankrecht* 22/2004, 1067.

су матичног и зависног, одлуку о давању зајмова члановима управе зависног друштва од стране матичног друштва, као и одлуку о давању зајмова члановима управе матичног друштва од стране зависног друштва, увек даје надзорни одбор матичног друштва.[87]

- *Конкретизована одлука надзорног одбора.* – Одлука надзорног одбора мора имати одређену минималну садржину.[88] Она се мора односити само на одређен уговор о зајму или врсту зајма. Такође, у одлуци се морају одредити камате и начин враћања кредита. Отуда се може закључити да надзорном одбору није допуштено давање опште сагласности,[89] бланко сагласности, као ни одобравање уговора о зајму конклудентним радњама.[90]
- *Рок за закључење уговора.* – Уговор о зајму се мора закључити у року од три месеца од дана доношења одлуке надзорног одбора о одобравању зајма.[91]

2.3.3.2. Изузетак за мале зајмове

Законом је прописан само један изузетак од обавезе прибављања сагласности надзорног одбора, а он се односи на тзв. мале зајмове. Мали зајам обухвата износ који не прелази висину месечне зараде члана управе. Под месечном зарадом треба сматрати 1/12 бруто годишње зараде члана управе, укључујући и фиксиране уговорене бонусе и неновчане накнаде.[92] У случају да зајам премашује месечну накнаду члана управе, надзорни одбор даје одобрење на целокупан износ зајма, а не само за део који премашује минималан износ.[93]

2.3.3.3. Санкције

Склапање уговора о зајму који не испуњава све законске услове не води ништавости овог правног посла, попут британског решења,

[87] Немачки AktG, чл. 89(2), 115(2); аустријски AktG, чл. 80(1); словеначки ZGD, чл. 261(3); хрватски ZTD, чл. 249(1), 271(1).

[88] C. H. Seibt у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2008, 1003.

[89] K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn München 2002, 895.

[90] U. Hüffer, *Aktiengesetz*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004, 444.

[91] О разлозима за увођење овог рока J. Barbić, *Pravo društava društva kapitala*, drugo i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb 2001, 355.

[92] U. Hüffer, 444; C. H. Seibt у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1002 1003; G. Spindler у: W. Goette, M. Habersack, S. Kalss (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2008, 435 436.

[93] U. Hüffer, 444.

већ настанку обавезе зајмопримца да зајам одмах врати друштву у целости, без обзира на одредбе уговора.[94] Овде се не ради о захтеву из неоснованог обогаћења, већ о уговорном захтеву са законски утврђеном доспелошћу.[95] Акционарско друштво има право на сразмеран део камата и задржава евентуално прибављена обезбеђења.[96] Прихваћена санкција се објашњава тиме да је прописана забрана уперена против друштва, а не против уговора о зајму као таквог.[97] Законом није направљена разлика између непоштовања различитих услова за давање кредита, што значи да неиспуњење било ког услова води обавези враћања кредита. Према томе, правне последице не важе само у случају недоношења одлуке надзорног одбора, већ и у случају непоштовања других прописаних услова за давање кредита (на пример, уговор о зајму је склопљен четири месеца након доношења одлуке о одборавању зајма или је зајам дат без камате или са нетржишном каматом).[98] Надзорни одбор може и накнадно донети одлуку којом одобрава давање зајма, а одлука мора бити у складу са одредбама закона. Давање зајма члану управног одбора од стране самог управног одбора се према општим правилима третира ништавим правним послом.[99]

3. КОРПОРАТИВНИ ЗАЈМОВИ *PRO ET CONTRA*

Да ли је оправдано забрањивати корпоративне зајмове? Да би се одговорило на постављено питање, биће указано на основне аргументе којима се коришћење корпоративних зајмова дискредитује, односно оправдава.

У теорији су истакнути бројни аргументи против давања зајмова члановима управе од стране акционарског друштва. Међу њима се као најзначајнији издвајају:

- Чињеница да друштво којим управљају и руководе чланови управе даје зајмове тим истим члановима управе представља плодно тле за бројне злоупотребе.[100] Корпоративна искуства

94 Немачки AktG, чл. 89(5), 115(4); аустријски AktG, чл. 80(4); словеначки ZGD, чл. 261(4); хрватски ЗТД, чл. 249(3), 271(3).

95 U. Hüffer, 445; H. Fleischer, 1067.

96 H. Fleischer, 1067.

97 C. H. Seibt у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1006; Holger Fleischer, 1066.

98 U. Hüffer, 445; V. Gorenc, V. Buljan, Z. Ćesić, V. Brkanić, *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, IV. Izmenjena i dopunjena naklada, RRIF, Zagreb 2008, 479.

99 H. Fleischer, 1066; H. Fleischer у: G. Spindler, E. Stilz (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I, Verlag C. H. Bech, München 2007, 884; G. Spindler у: W. Goette, M. Habersack, S. Kalss (Hrsg.), 444.

100 S. A. Power, 915.

многих држава, а нарочито САД, на најбољи начин потврђују потенцијал за манипулације који ова врста накнаде члановима управе носи у себи, као и склоност људи да их учестало користе на неадекватан начин. Због тога се и сматра да они представљају „екстремно опасну праксу“.[101]

- Корпоративни зајмови исушују новчане резерве друштва, што у великом броју случајева води неефикасној употреби средстава. Касније пословање друштва може показати да је то била кобна грешка, јер друштво постаје инсолвентно, а члан управе не може да врати зајам. У крајњем ефекту највећи губитници су акционари и повериоци друштва.
- Зајмови могу представљати лак начин заобилажења ригорозних правила о располагању капиталом друштва. Ову опасност апострофира и чињеница да се правни посао може представити као зајам, иако се иза њега суштински крије поклон (на пример, због постојања могућности каснијег отпуста дуга).[102]
- Корпоративни зајмови представљају пример камуфлирања накнаде. Они су очигледно нетранспарентан облик накнаде, јер чланови управе добијају високе износе, који су често независни од учинка, а при том успевају да се лако сакрију од очију јавности.[103] Често је непостојање обавезе објављивања један од скривених мотива за коришћење овог вида накнаде, јер ако се он пореди с акцијским опцијама, уочавају се значајне предности.[104]
- Корпоративни зајмови су скупи, јер их чланови управе мање вреднују у односу на фиксну накнаду, а друштво коштају исто.[105]
- Наменски карактер зајма се у пракси показао као прилично непоуздан начин везивања члана управе за интересе друштва. Корпоративни зајмови, и поред тога што се најчешће дају за куповину акција или акцијских опција друштва, нису довели до значајнијег раста директорског акционарства. Према истраживањима спроведеним у САД, зајам који омогућава члану управе да купи 100 акција друштва, повећава његово

101 H. Marsh, Jr., „Are Directors Trustees“, *Business Lawyer* 22/1966, 68.

102 P. L. Davies, 550.

103 L. A. Bebchuk, J. M. Fried, 112.

104 Више о предностима корпоративних зајмова у односу на акцијске опције вид. L. A. Bebchuk, J. M. Fried, 117.

105 M. T. Henderson, J. C. Spindler, 31.

акционарство за свега осам акција.[106] Разлог за овакву нелогичну последицу је у томе што чланови управе истовремено са куповином нових акција, продају старе акције, због чега њихов проценат учешћа у основном капиталу друштва остаје непромењен.[107] Тиме се читав систем обесмишљава, јер наменски зајам у практичном смислу постаје ненаменски.

- Следећи аргумент се односи на неоправданост заобилажења банкарских кредита од стране чланова управе. „Зашто ови супербогати извршни директори не би отишли до оближње банке... као и сви други и узели кредит?“[108] Непожељно је да чланови управе позајмљују новац од свог друштва, јер ако директор може да понуди друштву адекватно средство обезбеђења онда њему неће бити проблем да узме кредит од банке, а ако не може да понуди средство обезбеђења, онда би било неправично да добије корпоративни зајам који не може нигде другде да добије.[109]

Не може се спорити да корпоративни зајмови индукују стварање значајних трошкова. Међутим, постоје бројни аргументи којима се пледира у прилог дозвољености корпоративних зајмова. Они се углавном фокусирају на истицање у први план неколико чињеница:

- Смањујући агенцијске проблеме, корпоративни зајмови могу бити коришћени као ефикасан начин уједначавања интереса чланова управе и акционара.[110] Тај ефекат се постиже, пре свега, правилним утврђивањем намене за коју се зајам даје (куповина акција, акцијских опција и места за становање), уговарањем дугог рока за његово враћање и обазривим коришћењем повлашћених клаузула. Правилно скројен,

[106] K. Shastri, K. M. Kahle, 6, 13 14. Исти аутори закључују да је ситуација боља када се корпоративни зајмови дају члановима управе са ниским капитал учешћем у друштву.

[107] Интересантно је да друштва када дају зајам члановима управе за купови ну акција не забрањују овим лицима да симултано продају раније стечене акције друштва. Вид. L. A. Bebchuk, J. M. Fried, 114.

[108] Ово су речи којима је сенатор Шумер правдао увођење забране давања корпоративних зајмова у Сарбејнс Окслијевом закону.

[109] На сличан начин је Коенова комисија (енгл. *Cohen Committee*) 1945. године оправдала своју препоруку да се забране корпоративни зајмови. Наведено према: Paul L. Davies, 550.

[110] Више: K. Shastri, K. M. Kahle, 2; R. Watter, K. Maizar, 61. Више о уједна чавању интереса чланова управе и акционара као начину разрешења првог акционарског проблема вид. В. Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање зборник радова* (ур. М. Васиљевић, В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 248 250; М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 11 12.

зајам може бити компатибилан са дугорочним интересима друштва (пре свега, подстицањем менаџерског акционарства), односно комплементаран са другим видовима накнаде које се заснивају на учинку.

- Корпоративни зајмови могу служити за привлачење, али и задржавање успешних менаџера, о чему је већ било речи.
- Посматрано из угла могућих злоупотреба, чини се да корпоративни зајмови као врста накнаде нису подложнији манипулацијама од неких других видова накнада (на пример, бонуса, акцијских опција, и сл.). Да ли то значи да треба забранити све врсте накнада које се могу злоупотребити?
- Корпоративни зајмови омогућавају члановима управе да остваре пореске погодности, које им нису доступне код других врста накнада.[111]
- Забрана корпоративних зајмова би имала вишеструке негативне ефекте. Прво, она би погодила велики број недужних друштава, која овај вид накнаде успешно користе ради максимизирања сопствених користи.[112] Друго, скидање зајмова са менија накнада ће преусмерити друштва ка другим, неефикаснијим и скупљим накнадама (на пример, бонусима). Треће, из угла корпоративног планирања, једна накнада мање значи и једну шансу мање да се оптимизира пакет накнада члановима управе.

4. ПОЖЕЉНИ ПРАВЦИ БУДУЋЕ ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ КОРПОРАТИВНИХ ЗАЈМОВА У СРБИЈИ

Циљ законске регулативе корпоративних зајмова је да спречи расипање корпоративне имовине, да онемогући незаконито извлачење капитала из друштва и да ограничи директоре да користе предности својих позиција како би себи и својим колегама дали неоправдане зајмове, а све с идејом да се на најбољи начин заштите интереси поверилаца и акционара друштва.[113] Имајући у виду могућност и праксу злоупотреба корпоративних зајмова, треба се заложити за њихово детаљно законско уређење. Чини се да адекватна законска регулати-

---

[111] Више: K. Shastri, K. M. Kahle, 2; S. A. Power, 915; R. Watter, K. Maizar, 61; A. M. Sroka, 884.

[112] Критика корпоративних зајмова не треба да се сведе само на анализу бом бастичних скандала.

[113] P. W. Eaton, Jr., „Corporations General Effect of Statutes Prohibiting Cor porate Loans to Directors, Officers and Stockholders“, *Michigan Law Review* 48/1949, 214.

ва може ову врсту накнаде из проблематичне да пребаци у пожељну зону.

Основни правци будућег развоја корпоративних зајмова у Србији треба да се заснивају на следећим поставкама:

1. општа правила о сукобу интереса нису довољна, због чега се треба заложити за развој специфичне регулативе која би уређивала само материју корпоративних зајмова;
2. корпоративни зајмови треба да буду условно дозвољени, при чему се као најлогичнији услов намеће сагласност скупштине акционарског друштва;[114]
3. законом је потребно уредити као минимум следећа питања везана за корпоративне зајмове: а) персонални домен примене (посебно осетљиво може бити питање да ли правила треба да се односе и на зајмове дате акционарима и запосленима у друштву); б) појам уговора о корпоративном зајму у ширем смислу те речи (правилима не треба обухватити само уговор о зајму, већ и друге правне послове којима се остварује исти или сличан економски ефекат); в) изузеци од обавезе прибављања сагласности скупштине; г) начин благовременог и потпуног информисања скупштине о свим релевантним питањима корпоративног зајма на који скупштина даје сагласност; и д) санкције у случају непоштовања законских правила. У том смислу се британска регулатива, уз одговарајућа поједностављивања, може сматрати успешним и пожељним моделом, коме српски прописи о корпоративним зајмовима треба да теже.

Ако се Србија ипак определи за наставак примене општих правила о сукобу интереса на корпоративне зајмове, онда је од великог значаја да се уведе још неколико додатних правила, којима би се појачала сигурност и смањила могућност злоупотреба. Та правила се пре свега односе на: а) обавезно објављивање података о корпоративним зајмовима на годишњој седници скупштине (у укупном износу и за сваког члана управе појединачно, са навођењем основних одредаба уговора);[115] и б) солидарну одговорност чланова управног одбора који су одобрили уговор о зајму.[116]

[114] Као додатак овом правилу може се предвидети и забрана корпоративних зајмова који прелазе одређени износ. На тај начин би се друштва заштитила од преко мерних задуживања чланова управе. Више о овом предлогу вид. A. M. Sroka, 899 900.

[115] Многи од контроверзних случајева корпоративних зајмова у САД се највероватније не би ни десили да су у то време постојала адекватна правила о објављивању података.

[116] О неким могућим законодавним начинима увођења одговорности чланова управног одбора вид. J. F. Rich, „Corporate Loans to Officers, Directors and Sharehold ers“, *Business Lawyer* 14/1959, 660.

Dr. Vuk Radović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EXECUTIVE LOANS NECESSITY FOR SPECIFIC LEGAL REGULATION

Summary

Loans to executives bring up the question of personal interest of the executives, which may be non-convergent with the interests of corporation. Comparative corporate practice has shown tendency of abusing these loans, which has had multiple negative consequences on corporations and their shareholders. Therefore, discussions on the improvement of regulation of executive loans has been recently intensified.

This article deals with the notion and basic characteristics of executive loans. The author compares executive loan to the ordinary loan agreement, explicates the three legal approaches towards regulating executive loans (traditional, conservative and modern), and weighs in the arguments in favor and against the executive loans. Finally, he points out the need for special regulation of executive loans in Serbia, and proposes the ways in which they should be regulated.

Key words: *Loan. – Executive loan. – Corporation. – Director. – Conflict of interest.*

УДК 347.97/.99(497.11)"18"

Др Танасије Маринковић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду
tanasije@ius.bg.ac.rs

ЈЕМСТВА СУДИЈСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ У УСТАВИМА КНЕЖЕВИНЕ И КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ

У правној и политичкој мисли судијска независност се сматра једном од кључних институционалних гарантија владавине права. Отуда она још од доношења првих устава у Европи и Северној Америци ужива највишу правну заштиту. С обзиром на овакав њен значај у раду се анализирају јемства функционалне и личне независности судија у уставима Кнежевине и Краљевине Србије. Полазећи од одговарајућих теоријско компаративних мерила аутор долази до закључка да је у датим уставима, grosso modo, судијска независност била зајемчена на завидном нивоу, нарочито имајући у виду да су се у деветнаестовековној Србији институције правне државе изграђивале упоредо са стварањем саме државе. Штавише, у уставима од 1888. и 1903. године аутор уочава јемства судијске независности која иду далеко испред устава свога доба и која одговарају савременим захтевима судијске независности и одговорности.

Кључне речи: *Судијска независност. Самосталност судова. Начин одређивања судија. Начин разрешења судија. Устави Кнежевине и Краљевине Србије.*

1. О СУДИЈСКОЈ НЕЗАВИСНОСТИ

1.1. Легенда вели да је пруски владар Фридрих Велики, узнемирен буком ветрењаче, у близини своје летње палате *Sanssouci*, понудио њеном власнику да је купи. Он га је упорно одбијао након чега га је владар љутито упитао: „Зар ти не знаш да ја имам власт којом могу да ти одузмем ветрењачу без икакве накнаде?" Незастрашен тим претњама млинар му спокојно одговори: „Уз све дужно поштовање, Ваше величанство би то и могло да уради, само да није судија у Берлину", после чега Фридрих Велики гунђајући оде и одуста од своје

замисли.[1] Иако стварна историјска сведочанства дају далеко мање похвалну слику о односу Фридриха Великог према судијској независности, симболика ове легенде је неспорна: без судијске независности нема правне сигурности, нити правне једнакости. Млинарева одлука да одбије владареву понуду била је заснована на очекивању да ће му заиста бити пружено правично суђење пред независним судом који одлучује по праву, а не по монарховим заповестима; док, владар, пак, свестан те чињенице, одустаје од спора и пристаје да трпи буку.

Порука ове легенде дубоко је усађена у правну и политичку теорију која аксиоматски стоји на становишту да је независност судија како од других грана власти, тако и приватних лица и организованих друштвених група, завршни камен (*capstone*) уставно-демократске државе.[2] Док су једни спремни да готово читаву идеју владавине права поистовете с начелом независности судства, сматрајући да намеру законодавца треба да утврди орган у чијем саставу су независне личности, које нису непосредно заинтересоване за садржину пресуде,[3] други, у поштеном, способном, образованом и независном судству виде најпоузданије средство победе права над арбитрерном вољом.[4] Очигледно је да судија има стварну могућност да служи искључиво непристрасном и објективном распознавању и проналажењу права тек уколико је заштићен од уплитања владе и друштва,[5] односно да „у вршењу своје функције тумача правног правила [он] не сме бити изложен притисцима који би утицали на његово мењање значења правила тако да оно одговара погледима лица која су њиме погођена, баш као што у утврђивању ‘чињеница’ не сме да буде подложан разлозима пробитачности“.[6] Отуда се закључује да је независни судија „суштински елемент у одржавању те стабилности и предвидивости правила, која чине срж конституционализма“.[7]

Штавише, правни и политички писци готово су једногласни у томе да о судству не може ни бити речи уколико оно није незави-

---

[1] Наведено према: G. Vanberg, „Establishing and Maintaining Judicial Inde pendence“, *The Oxford Handbook of Law and Politics* (eds. K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira), Oxford University Press, New York 2008, 99.

[2] K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago 1957, 228.

[3] H. Laski, *Parliamentary Government in England*, George Allen and Unwin Ltd, London 1959, 360.

[4] Ch. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca London 1947, 140.

[5] Ф. В. Тарановски, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2003, 544.

[6] M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis 1998, 361.

[7] *Ibid.*

сно. Прототип суда јесте независни судија који примењује претходно утврђена писана правила, након спроведеног контрадикторног поступка, с циљем доношења дихотомне одлуке којом се потврђује право једне стране и утврђује одговорност друге.[8] Другим речима, природа судијског позива састоји се у пресуђивању независног трећег, пошто се странкама омогући да представе и бране, под једнаким условима, своју ствар.[9] Независност је, према томе, обележје судске власти које оправдава њену улогу арбитра и легитимише је да непристрасно дели правду, те без независности нема ни судства. [10]

1.2. На сâму незаменљиву улогу (независног) судије и његов значај за складно функционисање друштва још мање је потребно подсећати. Нововековни теоретичари природног права били су, чини се, најуверљивији у оправдавању судијске функције, указујући на разлоге закључења друштвеног уговора и преласка из природног стања у друштвено стање. Тако је за Хобса један од природних закона да они који имају спор препуштају оцену о свом праву суду арбитра,[11] као и да онај коме је поверено да суди између људи мора поступати једнако међу њима, јер у супротном они своје спорове не би могли решавати друкчије до ратом.[12] Према томе, „онај ко је приликом суђења пристрасан чини све што може да људе одврати од обраћања судијама и арбитрима, па стога поступа противно основном природном закону и представља узрок рата".[13] Природни закон, дакле, налаже постојање непристрасног судије и његово једнако поступање према странкама, како би се избегло решавање спорова ратним путем.[14] Међутим, добро је познато да су у Хобсовом учењу природни закони постулат разума или општа правила која се откривају помоћу разума, а која забрањују човеку да чини оно што може да му уништи живот, и да ови „закони", у стању природе, немају обавезну снагу, већ

---

8 M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago London 1981, 1.

9 M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford 1991, 70.

10 Ch. Eisenmann, „La justice dans l'Etat", *Ch. Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (textes réunis par Ch. Leben), Pan théon Assas, Paris 2002, 155.

11 T. Hobz, *Levijatan* (preveo M. Marković), Kultura, Beograd 1961, 137.

12 *Ibid*., 136.

13 *Ibid.*

14 L. Strauss, *Prirodno pravo i istorija*, Plato, Beograd 1997, 141, објашњава какво место заузима мир у Хобсовој политичкој филозофији: „Самоодржању је неопходан мир. Зато је природни закон постао скуп правила која морају да се поштују да би се мир очувао. Баш као што је Макијавели свео врлину на политичку врлину патриотизма, тако је и Хобс свео врлину на друштвену врлину мирољубивости".

да представљају само обичан савет разума.[15] Наиме, оно што њима недостаје да би били закони, у пуном смислу те речи, односно да би били правно обавезујући, јесте могућност употребе организоване принуде којом би се обезбедило њихово поштовање.[16] Отуда је „крајњи узрок, циљ или намера људи... кад уводе оно ограничавање самих себе у коме их видимо да живе у државама... спасавање из оног несрећног ратног стања које је... нужна последица људских страсти кад нема никакве видљиве власти да их држи у страхопоштовању и да их страхом од казне обавеже на извршавање споразуме и на поштовање... природних закона“.[17]

То самоограничење постиже се друштвеним уговором којим се сваки појединац одриче свог природног права да чини све што је у његовој моћи, у корист једног спољашњег ауторитета – суверена, како би заузврат могао да живи у уређеном друштву, у којем се поштују природни закони и закључени споразуми. У таквом, друштвеном стању, суверен доноси одлуке о томе шта је потребно за мир и одбрану својих поданика,[18] а њему припада и вршење судске власти (*the Right of Judicature*), јер „без решавања спорова, нема заштите поданика од повреде права које му други наноси, закони о *теит* и *tuит* су узалудни, сваком човеку остаје, по природном и нужном нагону за самоодржањем, право да се сам својом личном снагом штити, што значи стање ратно и противно циљу ради кога је свака држава установљена“.[19]

Локово поимање природног стања и државне власти било је нешто другачије од Хобсовог.[20] Иако Лок није директно критиковао

15 М. Ђурић, „Мотиви Хобзове политичке теорије“, *Из историје модерне филозофије* (Изабрани списи М. Ђурића, књ. III), НИУ Службени лист СРЈ, Терсит, Београд 1997, 209.

16 Добро је позната Хобсова тврдња да су „споразуми без мача само [су] речи, и без икакве снаге уопште да човека обезбеде“. Т. Hobz, 148.

17 *Ibid.*, 147.

18 *Ibid.*, 157.

19 *Ibid.*, 159. Сагледавајући судску функцију у целини, Т. Hobz, 248 249, додаје и особине које једно лице чине добрим судијом: исправно разумевање основ ног природног закона правичности (*equity*); презир према непотребном богатству и почастима; способност да се приликом суђења ослободи сваког страха, гнева, мржње, љубави и сажаљења; и, последње, стрпљење и пажња приликом саслушања, као и памћење да се задржи, свари и примени оно што се чуло.

20 L. R. Basta, *Politika u granicama prava Studija o anglosaksonskom konstitu cionalizmu*, Istraživačko izdavački centar SSO Srbije, Beograd 1984, 54, упозорава да „разлике у схватању природног права код Лока и Хобса нису тако велике како се то на први поглед може чинити“ и да „се углавном своде на суштински различите социјалнополитичке и институционалноправне консеквенце које су ова два мислиоца извели из теорије природног права“.

Хобса, нападао је одређене идеје које су биле карактеристичне за њега, нарочито учење према којем се у стању природе води рат свих против свију, у којем је он, пак, видео „мир, добру вољу, међусобну сарадњу и очување“.[21] И поред ових разлика, и Лок стоји на становишту да је човек у стању природе изложен опасностима, односно да је „очување својине коју има у овом стању веома непоуздано и несигурно“.[22] Отуда је велики и главни циљ удруживања људи у државе, и њиховог стављања под владу, очување својине. У природном стању то није могуће не само зато што не постоји одговарајућа законодавна и извршна власт, већ недостаје и познати и непристрасни судија са влашћу да решава све размирице према установљеном закону. Јер, како је свако у том стању, објашњава Лок, „и судија и извршилац природног закона, и како су људи пристрасни у односу на себе, страст и освета могу да их у њиховим властитим парницама одведу исувише далеко и са сувише много жестине“.[23] Такво природно стање, у којем су људи судије себи самима, извор је сталних конфликата и оно не може да опстане, те се једини излаз налази у држави, односно у успостављању грађанског стања.[24] Према томе, природно стање и грађанско стање „у Локовој политичкој филозофији разликује свега једна чињеница: у природном стању не постоји заједнички орган који тумачи и примењује природно право, док у грађанском стању такав орган постоји. Друштвеним уговором појединци су се у корист тог заједничког органа одрекли свог природног права да примењују санкције према његовим прекршиоцима. Њиме се они нису одрекли свих својих природних права, већ овог јединог“.[25]

Дакле, Хобс и Лок, два различита тумача природног стања и државне власти, сагласни су у томе да се један од разлога урушавања природног стања налази у опасном пориву да се самовољно присвоји

---

[21] Док је Лок настављач средњовековне традиције и уставних идеала прои зашлих из Славне револуције од 1688. према којима је државна власт одговорна на роду којим управља и да је у томе ограничена не само моралним законима, већ и уставном традицијом и конвенцијама произашлим из историје тога краљевства, Хобс је сматрао да је заједница, као таква, чиста фикција, да она постоји само кроз сарадњу својих чланова, да се та сарадња остварује захваљујући њиховом појединачном инте ресу, и да се она преточава у заједницу само зато што је неки појединац у стању да врши суверену власт. G. H. Sabine, T. L. Thorson, *A History of Political Theory*, Harcourt Brace College Publishers, Fort Worth Philadelphia 1973, 484 485.

[22] Dž. Lok, *Dve rasprave o vladi* (prev. K. Čavoški), Utopija, Beograd 2002, 298. При томе се не сме изгубити из вида да је Лок поимао својину на шири начин и да је под њом често подразумевао и живот и слободу, а каткада му је она била синоним за природно право уопште. Тако и G. H. Sabine, T. L. Thorson, 487.

[23] Dž. Lok, 299.

[24] L. Strauss, 171.

[25] R. Marković, *Izvršna vlast*, Savremena administracija, Beograd 1980, 12.

право изрицања правде, одређивања шта је по праву. Очување мира за првога и заштита својине за другога, који су једино могући уколико постоји организовани и независни судија, били су разлог да се природно стање напусти и, закључењем друштвеног уговора, пређе у друштвено стање.

1.3. С обзиром на ову једногласност правне и политичке мисли о значају судијске независности не изненађује што се, у старим и новим уставима, који су и сами једна врста друштвеног уговора, без разлике истиче да су судије независне и потчињене искључиво праву.[26] Иако поједини аутори наводе да је принцип независности судова формално прихваћен у свим политичким системима,[27] треба имати на уму, када је реч о тој формалној равни, и конкретне институционалне механизме којима се јемчи судијска независност, а поготово треба разликовати формалну од стварне независности судија. Наиме, потреба делотворног одстрањивања и спречавања недопуштених утицаја на процес дељења правде отвара питање конкретних институционалних гарантија независности судија.[28] Имајући у виду сву сложеност односа које судија остварује са својим колегама, странкама у поступку, политичким институцијама и уопште друштвом у којем живи, подобних да, на своје начине, утичу на изрицање правде, уставноправна доктрина указује на различите институционалне аспекте судијске независности: функционалну (супстанцијалну), личну (персоналну), интерну и колективну независност.[29]

У овом раду ћемо изложити формалне механизме гарантовања судијске независности у уставима Кнежевине и Краљевине Србије и то њен функционални и лични аспект, који су били и остали једини видови уставног нормирања судијске независности. Истина је да судови стоје и под законом и да се положај судија уређује и законским путем, али су најзначајнија начела која сâм уставотворац прописује, јер она везују и законодавну, и извршну власт.[30] Ипак, пре него што

[26] Тако и K. Loewenstein, 228.

[27] J. Trajković, *Sud*, Radnička štampa, Beograd 1975, 116.

[28] G. Vanberg, 100. „Судије су, као људска бића, стално изложени спољашњим утицајима, те се стога морају тражити институционалне гарантије које ће заштити судије од ових спољашњих утицаја и обезбедити најшири могући оквир који омогућава судијама да донесу пресуду засновану на релевантним чињеницама, изнетим на суду, у складу са правом и само на основу свог личног тумачења правних текстова“, Т. Флајнер, „Независност судства“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 94.

[29] S. Shetreet, „Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges“, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (eds. S. Shetreet, J. Deschênes), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (The Netherlands) 1985, 598.

[30] „Та начела представљају гарантије судске објективности и непристрасности: она нису прокламована у корист судова и судија већ грађана којима они суде.

се упустимо у анализу конкретних уставних гарантија функционалне и личне независности судија, и посебно сагледамо начин стицања и престанка судијске функције, даћемо општи поглед на стање и јемства судијске независности у историји Србије XIX века.

2. ОПШТИ ПОГЛЕД НА СУДИЈСКУ НЕЗАВИСНОСТ У ИСТОРИЈИ СРБИЈЕ XIX ВЕКА

2.1. Како се „историја власти не може [се] одвојити од историје судства које се историјски јавља и као први облик власти“,[31] и како се „као свугде, тако и код нас, уставно [се] питање јавило тек пошто је створена владалачка власт коју је требало уставом ограничити“,[32] то је до уставног уређења судске власти и независности судија у Србији могло доћи тек пошто је Милош Обреновић – творац владалачке власти у нас, речима С. Јовановића – био признат од Порте за наследног српског кнеза. Није требало дуго, по његовом устоличењу, да се питање независности судија и самосталности судова, као и неопходност њиховог уставног гарантовања актуелизују. Наиме, иако се судска власт у начелу одвајала од извршне, постојањем засебних судских колегија поред нахијских старешина, „ова деоба судске и извршне власти није вредела и за кнеза. Он је и даље упућивао судове како да суде; прегледао њихове пресуде; шта више, и сам изрицао правду“.[33] Као какав апсолутни владалац Милош је сједињавао у себи све три власти – законодавну, извршну и судску.[34] Кнежева самовоља имала је за последицу многобројне великашке и народне буне од којих је једна (кнез Милетина буна) довела до доношења првог српског устава – Сретењског устава, 1835. године.[35] У овом

Највиша добра човекова (част, имовина, па и сам живот) зависе често од судске пресуде: државна правна политика треба да је удешена тако да у сваком случају победи правда, да пресуда буде одбљесак истинске правде. Зато се уставотворац не сме дезаинтересовати за питање уређења судства“, Л. М. Костић, *Коментар Уста ва Југословенско уставно право* (Сабрана дела, I Уставно право), ЗИПС Српска радикална странка, Београд 2000, 186 187.

31 J. Trajković, 13.

32 С. Јовановић, „Наше уставно питање у XIX веку“, *Политичке и правне расправе I III* (Сабрана дела С. Јовановића, II), Београдски издавачко графички завод, Југославијапублик, Српска књижевна задруга, Београд 1990, 13.

33 *Ibid.*, 15.

34 У суштини, у то време се и није живело под владом правих закона. „Уко лико се поједине ствари нису могле расправити на основу постојећих народних обичаја, које је често и сам кнез тумачио, кнез је својом одлуком, наредбом или решењем расправљао те случајеве, који су данас нормално предмет законодавног нормирања“. М. Владисављевић, *Развој уставности у Србији*, Библиотека политика и друштво, Београд 1938, 15 16.

35 Ипак, у последње време све је распрострањеније мишљења да Милетина буна представља само повод за доношење Устава, као и да га Милош није донео

уставу било је записано да судија не зависи у изрицању своје пресуде ни од кога у Србији, до од законика српског, и да никаква ни већа, ни мања власт нема права одвратити га од тога или заповедити му да другачије суди него што му закони прописује (чл. 80).[36]

Отуда је основна идеја уставобранитеља – оне политичке струје која је извојевала Устав од 1838, збацила кнеза Милоша 1839, кнеза Михаила 1842. и те исте године довела на престо Карађорђевог сина, Александра – била да се обезбеди свачија приватна сопственост и сигурност. За то су били потребни писани закони, али и судови пред којима ће се бранити права стечена на основу Грађанског законика.[37] Ипак, уставобранитељски режим више се постарао да судска власт успостављена на место рудиментарног Милошевог судства буде самостална неголи независна. Док се Уставом од 1838. године установљава разгранат систем од три суда „за испуњеније Правосудија“,[38] судије из Милошевог времена биле су изложене политичком прогону. С. Јовановић вели да је „оно мало школованих људи што се покупило за судије, разређено [је] услед преврата од 1842. Тада због привржености према Обреновићима губе службе председник Апелације и три члана (било их је свега четири); четири председника и седамнаест чланова првостепених судова. Неки од њих биће доцније враћени у службу, али њих неће бити много. Места која су остала празна попуњавају се вучићевцима, не гледајући много на њихову спрему; тада улазе у суд чак и пропали трговци и занатлије“.[39]

Лична независност судија биће угрожена и по повратку Обреновића на власт, што ће се нарочито испољити 1864. године, у време

невољно и под притиском великаша, већ да су постојали разлози због којих је и сам желео његово доношење, вид. више С. Аврамовић, „Сретењски устав 175 година после“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 36 65; Д. Поповић, *Прапочетак српског парламентаризма*, Београд 1996, 35.

[36] Одредбе устава Кнежевине и Краљевине Србије наведене су према уставним текстовима објављеним у: Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије 1835 1941 (прир. Д. Мрђеновић), Нова књига, Београд 1988.

[37] С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада* (Сабрана дела С. Јовановића, III), 33 35. „У уставу из 1838. године, за који је успела да се избори уставобранитељска опозиција, скоро трећина чланова (20) посвећена је правосуђу. То је донекле реметило уставни карактер Четвртог хатишерифа, али је, с друге стране, указивало на значај који је придаван установи суда у Кнежевини 30 их година XIX века“. Р. Љушић, *Кнежевина Србија 1830 1839*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2004, 250.

[38] „Перви бит’ ће устројен у Селама, састављен из Старјешина мјестни, и назван Суд Примирителни. Други бит’ ће Суд првог степена, намјештен у сваком од 17 Окружија, из који се састоји Сербија. Трећи бит’ ће Апелациони у главном мјесту Правитељства“ (чл. 30).

[39] С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, 37

друге владе кнеза Михаила, у догађају познатом као „пропаст Великог суда“.[40] Пропаст Великог суда везује се за тзв. Мајсторовићеву заверу, односно први покушај карађорђеваца да ступе у борбу против Михаиловог режима. У поступку вођеном против завереника, Велики тј. Апелациони суд није нашао да постоји ни дело припреме издајничког предузећа ни дело увреде кнеза и истог тренутка је наишао на оштру рекцију Михаилове владе. На брзу руку издаје се закон с повратном снагом, о „стављању судија под суд“, према којем судијама има да суди не редовни суд (у овом случају би то био Велики суд) како је налагао Закон о чиновницима, већ један преки суд састављен од четири државна саветника и три члана Великог суда, чију већину су, према томе, чиниле несудије. „Тај суд, који се постављао од случаја до случаја, судио је као преки суд у првом и последњем степену. Сведоке и окривљене саслушавао је само тада ако би сматрао за потребно; иначе, изрицао је пресуду на основу ислеђења једне комисије постављене од министра правде... Изгледало је“, закључује С. Јовановић, „као да је и састав и поступак његов био подешен тако како ће велике судије бити пошто пото осуђени“.[41]

2.2. Након ових невоља са судијском независношћу, под Уставом од 1869. године долази до генералног унапређења њених јемстава, али не у самом тексту устава, већ у пратећем законодавству. Иако Намеснички устав, истина, не гарантује сталност судија, он, као реакција на „пропаст Великог суда“, искључује могућност установљења преких судова судијама за суђење њиховим званичним делима предвиђајући да се „судија не може [се] дати суду, док не одобри касационі суд, а када овај одобри онда суде редовни судови“ (чл. 105, ст. 2). Овоме он додаје и изричитију одредбу, у односу на формулације претходна два устава, о самосталности судова према којој „никаква државна власт, ни законодавна ни управна, не може вршити судске послове“ (чл. 109, ст. 1). Ипак, квалитативни искорак на пољу јемстава судијске независности направљен је тек напредњачким Законом о судијама од 1881, за кога С. Јовановић истиче да је управо он „установио судску независност, које дотле није било“.[42] Овај закон, писан по француским и белгијским узорима, остаће упамћен по томе што обезбеђује сталност и непокретност судија, и уводи такав начин њиховог одређивања који умањује утицај извршне власти и повећава улогу самих судија у обнављању сопстве-

---

[40] Више о „пропасти Великог суда“ вид. С. Јовановић, *Друга влада Мило ша и Михаила* (Сабрана дела С. Јовановића, III), 432 442. Ч. Попов, „Друштвено политичке прилике у Србији у време доношења Устава од 1869“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 395.

[41] *Ibid.*, 437 439.

[42] С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића,* II (Сабрана дела С. Јовановића, том V), 71.

них редова.[43] Доношење овог закона било је искоришћено као повод да се судови очисте од неспособних судија, те је министру правде, Милану Пироћанцу, био одређен посебан кредит за пензионисање старог и нешколованог судског кадра. У пракси је међутим и партизански критеријум ушао у игру те су се из судова махом избацивали либерали и на њихово место постављали напредњаци. Истина је да је „међу либералним судијама било [је] више старих нешколованих људи него међу напредњачким судијама – и стога је објашњиво да је Пироћанац пенсионисао више либерала него напредњака. Напредњаци су имали млађи чиновнички нараштај, који је сасвим природно потискивао либерале, старији чиновнички нараштај. Ипак, било је примера да је Пироћанац неке неспособне судије задржао у служби само стога што су напредњаци, а неке способне судије уклонио само стога што су либерали“.[44]

У заштити судијске независности, најдаље је, међу уставима Кнежевине и Краљевине Србије, отишао Устав од 1888. године.[45] Он у нашој уставноправној и историографској литератури носи епитет „радикалског“ устава, мада би, када је реч о одредбама о положају судија, пре могао да се назове „напредњачким“ уставом. Наиме, ове одредбе у великој мери одговарају решењима уставног пројекта Напредне странке од 1880. и 1883, и знатно одударају од уставног нацрта Радикалне странке од 1883. године.[46] Тај напредњачки и напредни карактер Устава од 1888. године огледао се не само у изричитом гарантовању сталности и непокретности судија – први пут у једном нашем уставном тексту – већ и у свођењу монарха на готово симболичку улогу у поступку одређивања другостепених и трећестепених судија. Тако, иако „све судије поставља краљ... Председници и чланови Касационог и Апелационог суда постављају се [такође] по двема листама, од којих једну предлаже Државни савет, а једну Касациони суд“ (чл. 155, ст. 1 и 3). На тај начин се судије штите већ у тренутку њиховог доласка на функцију како би могли да је обављају са што више непристрасности у односу на оне који су их на то место формално поставили. С обзиром на овако целовито гарантовање судијске независности, које није било уобичајено и за

43 „Влада је по свом избору постављала само судије првостепених судова. Председнике првостепених судова, чланове и председника Апелационог суда, влада је постављала по кандидатским листама Апелационог и Касационог суда; чланове и председника Касационог суда по кандидатској листи самог тог суда“. С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића,* II, 71.

44 *Ibid.*, 71 72.

45 Ако изузмемо Устав од 1903. који је за нијансу отишао даље и од Устава од 1888 (вид. *infra* пара. 2.3), али који је 15 година „млађи“ од њега.

46 Вид. Ј. М. Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Из давачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд 1936, 263 264 и 273.

земље са развијенијом правном културом, сасвим је на месту оцена да је „из читавог дела Устава посвећеног судској власти видљив [је] напор да се судство уреди по највишим у Европи већ уведеним стандардима".[47]

Ипак, ни приликом доношења овог устава није била пропуштена прилика да се судијски редови прочисте, па је тако у прелазним и завршним одредбама Устава („прелазним наређењима") било предвиђено да се за време првог ванредног сазива Народне скупштине изврши „нов распоред председника и судија Касационога, Апелационога и Првостепених Судова" (чл. 203, ст. 6). С. Јовановић објашњава да је под Уставом од 1888. године преовладало становиште да су не само министарска места политичка места, већ да су то и остали положаји у државној служби, које, према томе, ваља попунити сигурним партијским људима: „И раније, поједине партијске владе тражиле су, мада скривено, да уведу у администрацију и судство што већи број својих присталица. Али од Устава од 1888. године партијске владе теже томе отворено, без скрупула, систематски, као да је то нешто што лежи у духу новог Устава. Већина треба да влада, – дакле, људи из већине треба да, по могућности, испуне цео чиновнички кадар, тако да цела држава буде организована као влада већине над мањином".[48]

2.3. Сам крај XIX и почетак XX века нису донели значајније новине на пољу јемстава судијске независности у Србији, што не значи да није било корака уназад и унапред наспрам корпуса гаранција достигнутог Уставом од 1888. године. Године 1894. дворским ударом враћен је на снагу Устав од 1869. године, а Устав од 1901. године, у складу с општом оценом о својој реакционарности,[49] одлази испод нивоа заштите обезбеђеног не само Уставом од 1888. године, већ и Намесничким уставом, те осим начелног прописивања да се „нарочитим законом уређује [се] устројство судова по начелу независности судске и некретности судија", не садржи ниједно конкретно јемство судијске независности.

Уставом од 1903. године враћен је на снагу Устав од 1888, са одређеним мањим изменама. Одредбе којима се уређивала судијска независност остале су неизмењене, осим у једној ствари у којој је та независност још више унапређена. Наиме, док је Устав од 1888. препуштао законодавној власти да уреди начин предлагања судија

---

[47] М. Јовичић, *Лексикон српске уставности 1804 1918*, Филип Вишњић, Београд 1999, 310. О судској власти под Радикалским уставом вид. више З. Јекић, „Организација судске власти по Уставу из 1888", *Анали ПФБ*, 5/1989, 570 573.

[48] С. Јовановић, „Наше уставно питање у XIX веку", 37 38.

[49] С. Јовановић, „Периоди српске уставне историје", *Из историје и књижев ности* (Сабрана дела С. Јовановића, XI), Београд 1991, 470.

првостепених судова, Устав од 1903. године прописује да се они „постављају [се] по листи, коју предлаже министар правде са председницима Касационог и Апелационог Суда“ (чл. 154, ст. 5), чиме се долазак на судијску функцију још више изузима из монархове власти. Без обзира на то што се Устав од 1903. године овим решењем, и својим другим одредбама преузетим из Устава од 1888. године профилише, међу уставима Кнежевине и Краљевине Србије, као највиша тачка у институционалним гарантовању судијске независности, и поводом његовог доношења у *Прелазним наређењима* (чл. 201, ст. 3) било је предвиђено опште реименовање судија првостепених судова, Апелационог и Касационог суда.

3. ФУНКЦИОНАЛНА НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈА И САМОСТАЛНОСТ СУДОВА

3.1. Функционална независност, позната и као супстанцијална независност, односи се на поступање судије у процесу примене права и његову искључиву везаност за устав, законе земље и сопствену савест.[50] Начелом легалитета суд се подводи под право чиме се искључују арбитрерност и примена разлога политичког опортунитета у раду правосуђа.[51] Право и само право, онакво какво га пропишу уставом за то одређени органи и какво га судија проникне у заједничкој свести заједнице, његов је једини господар, истицао је К. Левенштајн.[52] „Судови не смеју бити под ничијим спољним утицајем; ни утицајем управне власти, нарочито Владе, ни под утицајем политичара, ни под утицајем економских потената и фактора уопште. Они стоје само под законом: Закон регулише њихов положај, у закону они налазе извор за своје пресуде и решења. Они се не смеју обазирати ни лево ни десно, никаква власт им не може ништа наређивати у погледу суђења сем законодавне, па и ова само у форми закона (а не парламентарних резолуција)“.[53]

С обзиром на овакав значај функционалне независности, готово сви устави Кнежевине и Краљевине Србије гарантују начело легалитета. Дескриптивна формулација првог, Сретењског устава је у том

[50] J. Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1978, 805, примећује да „независност изражава не само однос човека који суди према другом него и према себи. Споља, судија нема други ауторитет осим закон. Унутра, пре ма себи, судија је „свој сопствени судија“: он мери и оцењује по својој савести, уверењу, знању и свести“.

[51] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 1995, 617.

[52] K. Loewenstein, 228.

[53] Л. М. Костић, 187.

погледу нарочито инструктивна: „Судија не зависи у изрицању своје пресуде ни од кога у Сербији, до од законика српског; никакве ни већа ни мања, власт у Сербији не има права одвратити га од тога или заповедити му, да другачије суди, него што му закони претписују" (чл. 80). Разрађујући начело законитости Устав од 1869. године прописује да се „у пресуди морају [се] изложити основи суђења и параграфи закона, по којима је пресуђено" (чл. 115, ст. 2), а ову заповест *mutatis mutandis* садрже и Устав од 1888. (чл. 153, ст. 3) и Устав од 1903. године (чл. 152, ст. 3).

3.2. Иако различито од питања функционалне независности судија, уско везано за њега и од првобитног и пресудног значаја за непристрасно изрицање правде је постојање судова као самосталних државних органа успостављених и организованих уставом и законима земље.[54] „У том истакнутом и засебном постојању судске власти у нарочитом телу људи, које Круна, истина, поставља, али не може да опозове по својој вољи, налази се један од главних заштитника јавне слободе која не може да опстане дуго у било којој држави, уколико спровођење опште правде није у одређеном степену одвојено како од законодавне, тако и од извршне власти", писао је Блекстон.[55] Према томе, самосталност судова, у смислу њихове функционалне и организационе одвојености од других државних органа, само је један вид – данас свакако најзначајнији – уређења државе на начелу поделе власти. У том погледу, Монтескјеово упозорење да слободе нема ни када судска власт није одвојена од законодавне и извршне власти није ништа изгубило на актуелности. Наиме, „ако би [судска власт, *прим. Т. М.*] била спојена са законодавном влашћу, власт над животом и слободом грађана била би самовољна, јер би законодавац био и судија. Ако би, пак, била спојена са извршном влашћу, судија би могао имати снагу угњетача".[56]

Начело самосталности судова је правило модерне државе, и до њега се дошло тек после дуготрајне еволуције. У феудално доба, вели Е. Спекторски, суд као државна установа готово и да не постоји. Тако је у XII веку пропао покушај енглеског краља Хенрија II да одузме духовном суду истрагу и суђење свештеничких кривица. „Сматрало се да слободним људима могу судити само судови „перова", тј. једнаких, људи истог сталежа... свештеницима и калуђерима судио је духовни суд, професорима и ђацима – академски, власте-

[54] K. Loewenstein, 229, истиче да „начело судске независности неизбежно води захтеву да законито установљени судови морају уживати монопол у вршењу судске функције. То подразумева не само незаконитост каквог ванредног или изузет ног суда који није успостављен уставом, већ изузима из вршења судске функције и несудске агенције владе или парламента".

[55] Blackstone, *Commentaries*, Intro., p. 69. Наведено према: M. J. C. Vile, 114.

[56] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, I*, Gallimard, Paris 1995, 328.

ли – њен суд, трговцима и занатлијама њихов суд. Сељацима, пошто се они нису сматрали слободним лицима, судила је властела“.[57] Судство се, према томе, доживљавало као повластица, што је у предреволуционарној Француској, између осталог, ишло дотле да се судијско звање стицало путем наслеђа, а могло је бити и предмет куповине и продаје. Међутим, за сузбијање отпора виших судова („парламената“) постојао је и нарочити поступак (*lit de justice*) по којем је краљ лично долазио на судску седницу и, председавајући јој, изнуђивао покорност судија, а преким судовима и „кабинетском“ судству прибегавало се и у Енглеској, све до краја XVII века.[58] Отуда монопол на закону заснованог судског вршења судијске функције, који се почиње јемчити енглеским Законом о правима од 1689. године,[59] подразумева не само да су забрањени преки и ванредни судови, већ и да се судијска функција поверава искључиво судовима – посебним државним органима, и да њу не могу вршити други органи државне власти, као што су влада и парламент.[60]

Устави Кнежевине и Краљевине Србије редом предвиђају да је судска власт посебна државна власт и јемче самосталност судова као посебних државних органа, организационо одвојених од других грана власти. Тако, већ Сретењски устав наводи да „руководство правосудија предаће се судовима, који ће се, по обнародованију Србског закона, у три степена установити“ (чл. 78, ст. 1).[61] Хатишериф од 1838. године посредно, али недвосмислено, такође успоставља судску власт као самосталну прописујући да „никакав Чиновник Књажества, граждански или војени, виши или нижи не може мјешати се у дјела предпоменута три Суда, но они само могу бити позвани за извршеније њени пресуда“ (чл. 44), као и да „никакав Чиновник, ни граждански, ни војени, не може, ни само привремено, намјештен бити у Судовима“ (чл. 56). Уређујући самосталност на целовит начин, Хатишериф заводи и одређене обавезе инкомпатибилитета за судије: „Људи од закона, имајући званија Судејска, неће моћи нигда променути службу, ни получити мјеста другкуда, кромје у Судовима, и бит’ ће дужни занимати се искључително у свом усовршентствованију у части Судјеској“ (чл. 55). Остали српски устави (од 1869, 1888. и 1903), пак, уџбенички дефинишу самосталност судова доводећи је у везу са начелом поделе власти: „Никаква државна власт, ни законодав-

[57] Е. В. Спекторски, *Држава и њен живот*, Српска књижевна задруга, Бео град 1933, 115.

[58] *Ibid.*, 116.

[59] *Ibid.*, 116 117.

[60] K. Loewenstein, 229.

[61] Ипак, Сретењски устав није доследан у разради начела самосталности суд ске власти, јер у истом члану предвиђа да она припада и „Совјету државном, који ће одредити једно одјеленије, као судилиште у трећем и последњем степену“.

на, ни управна не може вршити судске послове, нити, опет, судови могу вршити законодавну или управну власт". Уз то, Устав од 1888. године изричито наводи и правило о судијском инкомпатибилитету: „Судија не може примити вршење какве друге државне службе, изузев хонорарну професуру у правном факултету" (чл. 157), а Устав од 1903. године овоме додаје и то да судија „не може ни привремено бити упућен на другу плаћену или бесплатну дужност" (чл. 158).

Једино Устав од 1901. године, од наших устава тога периода, не предвиђа да је судство посебна државна власт, нити да су судови самостални државни органи. Ипак, Априлски устав (чл. 87, ст. 4), по узору на њему претходећи Радикалски устав (чл. 148, ст. 1), јемчи да „никакав суд ни судско уређење или надлежност не могу се ни установити, ни изменити, ни укинути друкчије сем законом". Устав од 1888. године овоме додаје и да се „никада и ни под којим именом не могу [се] установити ванредни или преки судови или комисије за суђење" (чл. 148, ст. 2), чиме употпуњује листу јемстава судства као посебне и ексклузивне државне власти, једине овлашћене да врши функцију суђења, и искључује могућност њеног поверавања владиним комесарима, постављеним, од случаја до случаја, са задатком да изричу правду на брзу руку и без поштовања одговарајућих правила судског поступка.

4. ЛИЧНА НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈА

4.1. Јасно је, међутим, да за подређивање судије искључиво уставу и закону није довољно прокламовати начела легалитета и самосталности. Поред супстанцијалне независности која директно обезбеђује правну сигурност, формално забрањујући пресуђивање које се не би кретало у границама закона и савести судије, неопходно је предвидети и гарантије личне независности која омогућује задовољење правде индиректно, штитећи личност самог судије и његов статус. Другим речима, лична независност има за циљ да зајемчи стварну и делотворну примену судијске независности у практичном животу.[62] Како се овај аспект независности непосредно односи на личност самог судије, свеукупност узајамних веза између судије и странака у спору, било да је реч о државним органима или приватним лицима,[63] каталог њених гарантија далеко је богатији. Она подразумева: сталност и непокретност судијске функције, судијски имунитет и јемства задовољавајућег материјалног положаја судије. У оквиру ове групе јемстава од посебног значаја су и начин избора

[62] S. Perović, *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1998, 194.

[63] Sh. Shetreet, 623.

судија, услов и поступак њиховог напредовања, као и основи и процедуре престанка судијског звања,[64] о чему ће бити речи у наредном одељку (вид. *infra* пара. 5).

4.2. Међу механизмима персоналне независности судија, сталност судијске функције се сматра за највеће добро. Сталност подразумева да судијска функција не може престати друкчије него *ex iustis causa*, а нарочито да она не може престати админстративним отпуштањем – једностраним и необразложеним прекидом функције вољом управне власти.[65] К. Левенштајн наглашава да судијска независност пре свега значи да судија мора остати на својој функцији докле год се добро држи, без обзира на то како је на њу дошао.[66] Високо вредновање сталности судијске функције објашњава се тиме што „само онда када је судија сигуран да га не могу постићи, односно његовога положаја, никакве неприлике за случај да се његова одлука не буде допала управној власти или јавном мњењу, можемо имати вере у његову непристрасност“.[67] Овоме се додаје и то да је сталност судијске функције предуслов да се „судија посвети овој дужности, која је и једна посебна стручна професија, а и вокација“.[68] Отуда се може разумети зашто начело сталности ужива неприкосновену заштиту још од првих модерних уставних докумената. Њега наводи енглески Закон о наслеђу престола од 1701. године (део трећи), реагујући на нестабилност судијске функције под Стјуартима; предвиђа га Устав САД од 1787. године (чл. 3, од. 1), као једну од свега две гарантије судијске независност; а, у готово свим својим уставима од почетка XIX до данашњих дана познаје га и Француска, иако традиционално неповерљива према судству.

У уставима Кнежевине и Краљевине Србије сталност судијске функције је била гарантована, но не увек на изричит начин и не без одређених празнина. Тако, Сретењски устав не наводи да су судије сталне у свом звању, али јемчи да „чиновници, наименовани од Књаза, остају таковима за живота, и докле год буду способни к званију“ (чл. 133, ст. 1), што се свакако морало односити и на судијски сталеж.[69] Хатишериф од 1838. године такође је посредно гарантовао сталност, али не кроз положај чиновника, већ путем одговарајућег поступка утврђивања одговорности судије: „Никакав Член Суда не може бити сбачен под предложенијем, да је он изступио из своји дужности, пре него што ствар буде доказана у Правосудију по уредбама“

64 *Ibid.*

65 Л. М. Костић, 190.

66 K. Loewenstein, 228.

67 Ж. Перић, *О судијској независности*, Београд 1899, 14.

68 J. Đorđević, 808.

69 Тако и М. Јовичић, 281.

(чл. 42). Устав од 1869. године једини је наш устав овога периода који не јемчи сталност судијске функције. „Судска независност била је призната, али без непокретности судија", упозорава Слободан Јовановић. „Судије су имале да суде само по закону, а не и по упутствима владе, али, ако би се замерили влади, она је могла да их дигне са њиховога положаја".[70] Тек је Уставом од 1888. године сталност судијске функције добила своју пуну и недвосмислену уставноправну заштиту. Овај устав предвиђа да су „судије [су] у својим звањима сталне" и да „судија не може бити лишен својега звања, нити ма под којим изговором уклоњен са дужности против своје воље, без пресуде редовних судова или дисциплинарне пресуде Касационог суда" (чл. 158, ст. 1 и 2). Изричиту гарантију сталности судијског звања познаје и Устав од 1901. године, који, поред тога, прописује и потребу доношења одговарајућег закона у том погледу: „Нарочитим законом уређују се устројство судова по начелу независности судске и некретности судија" (чл. 87, ст. 3).

4.3. У корпус јемстава личне независности судија сврстава се и непокретност судија. Сталност и непокретност су блиски механизми гарантовања судијске независности, те поједини устави сталност подводе под појам непокретности (*l'inamovibilité*). То је случај с нашим уставом од 1901. године, али и с француским уставима који још од Уставне повеље од 1814. године готово без изузетка наводе да су судије непокретне – *les magistrats du siège sont inamovibles*, подразумевајући под тиме да судија не може бити предмет појединачне владине мере којом се разрешава, суспендује, премешта или превремено пензионише.[71] Ипак, овде је реч о два различита механизма судијске независности, јер докле се сталношћу њима гарантује државна служба, непокретношћу се штити судијски положај који су стекли од претњи законодавне и извршне власти променом тог положаја премештајем или суспензијом.[72] Ову разлику између сталности и непокретности сасвим јасно прави Устав Белгије од 1831: „Судије се именују доживотно. Судија не може бити лишен свога положаја нити суспендован, осим на основу пресуде. Судија може бити премештен само новим постављењем и по свом пристанку" (чл. 100). Иако су разлози за непокретност и њена уска веза са личном независношћу судија више него очигледни, ово јемство није увек предмет уставног нормирања, чиме се отварају врата за његово законско нарушавање.

---

70 С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића,* I, (Сабрана дела С. Јовановића, IV), 76.

71 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Paris 1999, 292.

72 „Услед своје непокретности, судија је заштићен од премештаја, од унапређења на виши положај, од изашиљања на ма какву другу службу, сталну или привремену", Л. М. Костић, 191.

У складу са овим стањем у упоредном праву судијска непокретност је само делимично заштићена уставима Кнежевине и Краљевине Србије. Као што смо видели Сретењски устав се не обраћа директно судијама, већ њихов положај уређује кроз општи статус чиновника за које се предвиђа да „се могу премјештати из једнога места у друго, на званије, у ком су били у првому" и „повишавати на веће званије; но не могу збацивати се на мање или отпуштати са свим без кривице, која се на њи не би судејски извидила и пресудила" (чл. 133, ст. 2 и 3). Дакле, Сретењски устав не забрањује премештај судије из једног места у друго, уколико он остаје у звању у којем је био у првом, као што и допушта унапређење судије у више звање, без његове сагласности. У том погледу, устави од 1888. и 1903. године пружају одличан пример потпуне заштите судијске непокретности: „Судија може бити премештен само новим постављењем по својем писменом пристанку" (чл. 158, ст. 4 Устава од 1888, односно чл. 157, ст. 4 Устава од 1903. године). Устав од 1901. године, пак, начелно јемчи судијску непокретност, препуштајући законодавцу њено уређење (чл. 87, ст. 3).

4.4. Лична независност судија подразумева гарантовање и судијског имунитета који није привилегија, већ јемство независног вршења судијске функције. Имунитет, наиме, штити судије од сваког облика одговорности за изражено мишљење и гласање у доношењу судске одлуке. „Слобода од одговорности за дато мишљење није право које ужива сваки човек... Ово је шире и посебно право које штити судију и од притисака са стране и од шикане странака".[73] То да судије могу да буду гоњене због грешака које нису у непосредној вези са вршењем судијске функције (алкохолизам, крађа и др.) није спорно са становишта судијске независности, међутим, њихово кажњавање због садржине одлуке коју су донели у поступку суђења директно би повређивало ово начело.[74]

Без обзира на то што је имунитет инхерентан независности судова и уско везан за сталност и непокретност судија, он је посебно и додатно јемство судијске независности, које може бити доведено у питање чак и када су други аспекти персоналне независности судија нормативно обезбеђени и у пракси поштовани. То се, међутим, није довољно уочавало у време доношења првих устава на европском и северноамеричком континенту, и судијски имунитет се није изричито признавао. Устави Кнежевине и Краљевине Србије нису у том погледу изузетак, мада га поједини међу њима, на посредан начин, ипак, јемче. Тако, Намеснички устав прописује да се

[73] J. Đorđević, 809.

[74] D. Rousseau, „Indépendance de la justice", *Dictionnaire des Droits de l'Homme* (sld. Joël Andriantsimbazovina *et ali*), Presses Universitaires de France, Paris 2008, 518.

„судије [се] саветују и дају глас тајно“ (чл. 115, ст. 1), из чега произлази да не могу одговарати за изражено мишљење и гласање у доношењу одлуке.[75] Уз то, иако „сваки чиновник одговара за своја званична дела“, судија се „не може [се] дати суду, док не одобри касацијони суд, а када овај одобри онда суде редовни судови“ (чл. 105, ст. 1 и 2), чиме се успоставља надлежност Касационог суда да даје одобрења покретање поступка против судија не би ли се они заштитили од злонамерних и недопуштених оптужби за свој рад. Ова решења *mutatis mutandis* садрже и устави од 1888. и 1903. године (чл. 153, ст. 2 и чл. 158, ст. 3 Устава од 1888, односно чл. 152, ст. 2 и чл. 157, ст. 3 Устава од 1903. године).

4.5. Коначно, лична независност судија захтева и јемстава задовољавајућег материјалног положаја судије. Његове принадлежности, тврдио је Л. Костић, треба да су такве да га чине независним и од владе и од странака.[76] Штавише, Ђ. Тасић је наглашавао да се само добрим платама судијама обезбеђује судска независност. Наиме, „ништа више неће човека довести у искушење него материјална невоља. А данас има разних канала, који, иако споља не изгледају корупција, корупција су у својој суштини. Материјална обезбеђеност даје могућности да човек шире гледа и да се с много више воље посвети позиву“.[77] Према томе, судијска независност се мери и материјалним условима вршења судијске функције.[78]

Овај услов је врло рано препознат у општој историји уставности, те већ енглески Закон о наслеђивању престола од 1701. године (део трећи) предвиђа да плате судија морају да буду прецизно утврђене. Устав САД-а од 1787. године (чл. 3, одељак 1) јемчи не само право на плату судијама Врховног суда и нижих судова за њихову службу, већ и да она не може бити смањена за време док су у служби (чл. 3); а Устав Белгије од 1831. године гарантује да се примања судија уређују законом (чл. 102). Упркос овако снажној афирмацији значаја задовољавајућег материјалног положаја судија и у упоредном праву и домаћој литератури, ниједан од устава Кнежевине и Краљевине Србије не познаје поменуту гарантију судијске независности.

[75] Како примећује J. Đorđević, 810, јавност расправе пред судом „траје док и расправљање суда. Само доношење одлуке већа и судије рад је „иза затворених врата“. Ово обрнуто правило има за сврху да омогући светстрано већање и слободно опредељење и неке мотиве дискретности у оценама деликатних околности“.

[76] Л. Костић, 191.

[77] Ђ. Тасић, *О јемствима судске независности*, Посебан отисак из Спомени це Конгреса правника, Београд 1935, 15.

[78] D. Rousseau, 517.

5. НАЧИН СТИЦАЊА И ПРЕСТАНКА СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

5.1. Ништа мање значајно од поменутих јемстава личне независности судија, а по многима чак и кључно је питање начина одређивања судија, и, у великој мери од њега условљено, питање начина престанка судијске функције. Судијски статус се вреднује не само на основу тога да ли су судије сталне и непокретне, на шта се понекада погрешно своди читава судијска независност, већ и на основу тога од кога добијају свој положај.[79] Наиме, „опште социопсихолошко искуство нас упозорава да јавни функционер остаје дужан ономе ко је одговоран за његов долазак на тај положај што са собом носи посебне опасности у случају судијске функције. Уколико је одређивање судије било последица политичких разматрања, њихов корисник је изложен људском искушењу да измири дуг послушничким вршењем своје функције“.[80] Осим начина одређивања судија, независност судства се мери и квалитетом дисциплинског режима судија.[81] Идеалу судијске независности сасвим одговара идеал судијске одговорности, који подразумева одговарајуће механизме којима се обезбеђује да се судије искључиво руководе ваљаним разлозима (*appropriate considerations*) у доношењу одлуке.[82] Према томе, „за независност судије подједнак значај има и поштовање услова и правила његовог избора, као и утврђивање разлога за разрешење и поштовање правила поступка разрешења“.[83]

5.2. Докле се у предмодерном добу до судијског положаја долазило и на тако, за савременог посматрача, неуобичајене начине као што су бацање коцке или куповина функције, у XIX веку усталили су се методи одређивања судија који су и данас на снази. То су непосредни избори за судије и постављење одлуком извршних органа власти. Знатно касније, средином XX века, са појавом правосудних савета, уобличиће се и трећи начин одређивања судија – кооптирање, било као самосталан метод, било у комбинацији са једним од претходна два метода.

Непосредни избори за судије, с временски ограниченим мандатом, јавили су се у Француској у време Револуције и били су предвиђени Уставом од 1791. године. Велики углед Француске револуције у свету допринео је њиховом ширењу и у другим земљама. Конкретно, то је био случај са САД у којима је до Сецесионистич-

79 Ch. Eisenmann, 176.

80 K. Loewenstein, 231.

81 D. Rousseau, 518.

82 G. Vanberg, 101.

83 В. Ракић Водинелић, *Правосудно организационо право*, Савремена администрација, Београд 1994, 93.

ког рата, а највише у време популистичке „Џексонове демократије" (1829–1837), непосредан избор судија био успостављен у 24 од 34 савезне државе.[84] Он ће бити прихваћен и у једном броју швајцарских кантона, а касније и у Совјетском Савезу – за избор првостепених судија. У самој Француској, међутим, овакав начин одређивања судија показао се крајње обесхрабрујућим (*most discouraging*), и убрзо је био напуштен у корист постављења.[85] Овај метод је у XIX веку био изузетно распрострањен и сматрало се да нема ничег разумнијег од одређивања судија одлуком шефа државе,[86] што се, између осталог, огледало у чињеници да је њега, нешто раније, преузео и Устав САД, по узору на тадашње (и садашње) решење британске уставности.[87]

И за изборе и за постављење карактеристично је, међутим, да нужно воде политизацији судства,[88] те се у напорима да се процес одабира судија политички неутрализује дошло до методе кооптирања. Судство се, наиме, почиње укључивати у процес обнављања својих редова, најчешће у комбинацији са избором у парламенту, како би сам начин одређивања судија био што правичнији и објективнији.[89] Метод кооптирања се у траговима среће већ у Уставу Белгије од 1831. године који предвиђа да чланове апелационих судова, председнике и потпредседнике првостепених судова поставља краљ на основу две листе, од којих једну предлажу ти судови, а другу покрајинске скупштине (*conseils provinciaux*); краљ поставља и чланове Касационог суда, али, такође, на основу две листе, од којих једну предлаже горњи дом законодавног тела – Сенат, а другу сам Касациони суд (чл. 99, ст. 2). Каснију примену овај метод је нашао у Шпанији у којој је

[84] L. Mayali, "La sélection des juges aux Etats Unis", *L'élection des juges étude historique française et contemporaine* (dir. J. Krynen), Presses Universitaires de France, Paris 1999, 258 259.

[85] K. Loewenstein, 232.

[86] Ch. Eisenmann, 176.

[87] У суштини, сваки од ова два метода одређивања судија почива на одређеним друштвено политичким идејама и вредностима. Метод избора, било да је реч о непосредним изборима, или посредним (одлуком парламента), као његовој подваријанти која ће се касније јавити, изражава идеју да судство треба да буде, колико је то могуће, у складу са духом и тежњама свога времена, што за собом повлачи и одступање од сталности судијске функције, односно избор судије на одређени, краћи период. Иза метода постављења налази се, пак, схватање према којем политичка власт, или макар њена извршна грана, треба да врши утицај на општи рад судова, иако се не доводи у питање да у конкретним случајевима судије треба да поступају непристрасно, у границама закона, Ch. Eisenmann, 180.

[88] D. Rousseau, 516, истиче да метод избора чини судије зависним од јавног мњења, док их метод постављења потчињава политичкој власти.

[89] K. Loewenstein, 237. Метод кооптирања почива, дакле, на премиси да је судска функција, у основи, техничка и да подразумева одређену правну специјализацију, те да су избори за судије исто толико оправдани колико би били и они за лекаре, инжењере или генерале. Ch. Eisenmann, 180.

почетком седамдесетих година XIX века било поверено Врховном суду одлучивање о напредовању судија,[90] али је свој замајац и пуни смисао добио тек након Другог светског рата, с појавом правосудних савета (који, истина, нису искључиво судијска тела, већ су то претежно, будући да у њихов састав мањим делом улазе и представници других грана власти, а каткад и адвокатске струке и правне науке).

У складу с духом свога времена, устави Кнежевине и Краљевине Србије углавном се опредељују за метод постављења, мада се начин одређивања судија не уређује у свим уставима изричито, већ се у једном броју њих систематским тумачењем долази до закључка да се на судије, у том погледу, примењује режим прописан за државне чиновнике. Тако, Устав од 1869. године предвиђа да „Књаз поставља све државне чиновнике" и да „у његово име и под његовим врховним надзором врше своју власт сва земаљска надлежателства" (чл. 6), а такву одредбу *mutatis mutandis* садржи и Устав од 1901. године (чл. 14, ст. 1 и 2). Устав од 1835. године познаје нешто ширу формулацију којом се недвосмислено обухвата и судство: „Књаз србски глава је државе. Њему пристоји право... именовати све власти и све чиновнике србске" (чл. 16); док Устав од 1838. изричито наводи начин доласка судија на ту функцију: „Свако Званије, било гражданско, било војено, било судејско вручават' ће се у Сербији Указом Књаза" (чл. 54). Овим правилима Устав од 1838. године додаје и то да ће се звања стицати „под условијем, да сваки Чиновник почне с почетка од нижи степена, и буде постепено и после надлежног опита намјештен на степен више" (чл. 54, *in fine*), а Устав од 1869. године да „не може бити судија првостепеног суда, који није навршио двадесет и пет година, а виших судова, који није навршио тридесет година живота" (чл. 113).

Специфичност одредаба устава од 1888. и 1903. године надилази решења не само осталих српских устава, већ и европских устава тога времена. Ова оцена се односи како на детаљност регулисања начина стицања судијског звања,[91] тако и на напредност усвојених решења. Наиме, Устав од 1888. године уводи метод кооптирања, комбинујући га са методом постављења, док Устав од 1903. године додатно ограничава монархове ингеренције у процесу одабира судија. Истина, оба устава предвиђају да „све судије поставља Краљ" (чл. 155, ст. 1 Устава од 1888, односно чл. 154, ст. 1 Устава

[90] T. S. Renoux, „Rapport général introductif", *Les Conseils supérieurs de la ma gistrature en Europe* (dir. T. S. Renoux), La documentation Française, Paris 1999, 22.

[91] Осим уређивања начина одређивања судија, устави од 1888. и 1903. годи не прописују и услове који кандидати треба да испуњавају да би били предложен и постављени за председнике и судије првостепених судова, Апелационог суда и Касационог суда (вид. чл. 157 Устава од 1888, односно чл. 156 Устава од 1903. годи не).

од 1903. године), али се на основу тога кога ови устави одређују за овлашћеног предлагача дâ закључити да су судије, у суштини, те који одлучују о обнављању сопствених редова. Тако, „председници првостепених судова постављају се по двема листама, од којих једну предлаже Касациони, а једну Апелациони Суд“, док се „председници и чланови Касационог и Апелационог Суда постављају [се] такође по двема листама, од којих једну предлаже Државни савет, а једну Касациони суд“ (чл. 155, ст. 2 и 3 Устава од 1888, односно чл. 154, ст. 2 и 3 Устава од 1903. године). Дакле, саме судије[92] предлажу кандидате за председнике првостепених судова и председнике и чланове другостепеног и трећестепеног суда, те је монархово право постављења условљено претходним судијским предлозима (сложени управни акт), које он не може да одбије, већ је дужан да по њима поступи (везани управни акт).[93] Једино његово дискреционо овлашћење, у том погледу, јесте да са предложене листе изврши додатну селекцију, јер „у свакој кандидационој листи мора бити два пута онолико кандидата, колико има упражњених места“ (чл. 155, ст. 4 Устава од 1888, односно чл. 154, ст. 4 Устава од 1903. године). Но, и тада његова слободна оцена може бити сасвим сужена будући да „кандидати могу бити исти и на једној и на другој листи“ (чл. 155, ст. 4, *in fine* Устава од 1888, односно чл. 154, ст. 4, *in fine* Устава од 1903. године).

Једина разлика између ова два устава, када је реч о начину одређивања судија, је у томе што Устав од 1903. године прописује и поступак предлагања кандидата за судије првостепених судова. Наиме, оне се „постављају [се] по листи, коју предлаже министар правде са председницима Касационог и Апелационог Суда“, при чему „у листи мора бити два пута онолико кандидата, колико има упражњених судијских места“ (чл. 154, ст. 5 Устава од 1903. године). Овим је, у складу са захтевима судијске независности, и питање начина одређивања првостепених судија било уставом решено, и тиме изузето из надлежности законодавне власти. Иако се овом новином искључује могућност законског препуштања монарху да самостално одлучује о саставу првостепених судова, поверавање предлагања

[92] Државни савет је по својој функцији судско саветодавно тело које разма тра и решава жалбе против министарских решења у спорним административним питањима, решава у одређеним изборним споровима, на позив Владе израђује нор мативне акте и обавезно даје мишљење о законским предлозима. Државни саветни ци долазе на положај равноправном вољом Краља и Народне скупштине и на њему остају читавог живота. Више о надлежности овога тела и његовим члановима вид. део VII устава од 1888. и од 1903. године.

[93] Више о разлици између простих и сложених управних аката и између прав но везаних и дискреционих аката (аката слободне оцене) вид. Р. Марковић, *Управно право*, Слово АД, Београд 2002, 261 263. и 265.

кандидата тројици јавних функционера – министру правде и председницима Касационог и Апелационог суда – пружа нешто слабије гарантије судијске независности од решења које је предвиђено за одређивање судија другостепеног и трећестепеног суда.

5.3. Судијска независност (схваћена не парцијално и апстрактно, већ интегрално и у контексту што савеснијег и стручнијег обављања оних основних државних функција које се поверавају судији) штити се и прописивањем одговарајућих, унапред познатих разлога који могу да доведу до престанка судијске функције, и то пре свега оних разлога који су основ за разрешење судије. Судијска независност подразумева да до престанка судијске функције може доћи искључиво услед нестручног, несавесног или недостојног понашања судије (поред, наравно личних разлога као што су смрт, испуњење услова за пензију, или подношење оставке), јер „ако су ти разлози идеолошке природе, или изражени недовољно одређеним појмовима којима се може придати идеолошки садржај (разне врсте ‘неподобности’), независност судије може, у доброј мери бити угрожена“.[94] Питање разрешења судије се, према томе, своди на одговорност судије,[95] која се манифестује у односу према странкама у спору, док се однос судије спрам државе заснива на његовој неодговорности, из чега судија, једним делом, и црпе свој легитимитет у либералним демократијама.[96]

Иако судијска одговорност може имати различите облике,[97] у владавини права предмет уставног регулисања може да буде само правна (лична) одговорност. Но, ни сви видови правне одговорности судије – која с обзиром на природу деликата може бити кривична, материјална и дисциплинска – не долазе у обзир. Ради заштите

94 В. Ракић Водинелић, 13.

95 При чему је сâма одговорност судије (*judicial accountability*) шири појам и остварује се не само прописивањем одговарајућих разлога и поступака разрешења судије, већ и одговарајућим начином стицања судијске функције, као и могућношћу законодавног преиспитивања судских одлука (*legislative review of judicial decisions*), G. Vanberg, 101.

96 Демократски карактер једног поретка огледа се, наиме, и у томе што је суд ство, као и остатак државне администрације, одговорно за своје поступке грађанима, као суштинском титулару суверене власти. Међутим, начело владавине права, чије доследно спровођење зависи у великој мери и од поштовања судијске личности и слободног судијског тумачења, изискује да се одговорност судије постави на сасвим другим основама од оних које важе за политичке власти легислативу и егзеку тиву. Y. Durand, „La responsabilité de la justice et des juges en Espagne“, *Justice et la responsabilité de l'Etat* (dir. M. Deguergue), Presses Universitaires de France, Paris 2003, 79 81.

97 M. Cappelletti, 72, наводи политичку одговорност, друштвену (јавну) од говорност, правну (регресну) одговорност државе и правну (личну) одговорност судије.

судијске независност од злоупотреба законодавне власти у уставу се наводе само они деликти који могу довести до разрешења судије.[98] Отуда се, с обзиром на овај формални критеријум – извор сазнања, говори о посебном облику правне одговорности – уставној одговорности судија, која, по својој садржини, највише одговара кривичној и дисциплинској одговорности.[99]

Тако су амерички уставотворци, још крајем XVIII века, установили једнообразна правила одговорности за све јавне функционере, укључујући ту и судије федералних судова, прописавши да они могу да буду разрешени дужности због велеиздаје, примања мита или других тешких злочина и кривичних дела (чл. 2, одељак 4, Устав САД). Енглески Закон о наслеђу престола од 1701. године предвиђа да судије остају на дужности док се добро владају (*quam diu se bene gesserint*) што, иако подразумева доживотно обављање те функције,[100] не искључује могућност њиховог разрешенења услед неспособности (*incapacity*) или лошег владања (*misbehaviour*).[101] Највећи број устава, међутим, не наводи разлоге за разрешење судије, препуштајући уређење овог питања, упркос његовом несумњивом значају за судијску независност, законодавној власти. Ипак, одређена минимална правила о престанку судијске функције устави редовно прописују, одређујући, пре свега, орган који одлучује о престанку функцију, а уз њега неретко и орган који покреће поступак за престанак функције.

С обзиром на ова питања форме, уочавају се три могућа решења. Према првом, искључиво политички органи се изјашњавају о престанку судијске функције. У питању је поступак разрешење судије одлуком монарха, на основу адресе коју му упућују оба дома Парламента, који је био предвиђен енглеским Законом о наслеђу престола (део трећи). Устав САД познаје поступак *impeachment*-а, према којем Представнички дом Конгреса оптужује судије, као и све друге носиоце савезних функција, а Сенат им суди (чл. 2, одељак 4).[102] Другом систему

98 В. Ракић Водинелић, 93, истиче да „уређивање разлога за престанак функције и разрешење у уставу има заштитнички карактер у односу на судије, у том смислу што се ограничава законодавац када ближе уређује те разлоге, па нема овлашћења да прошири њихову листу".

99 M. Cappelletti, 77, истина, примећује да би се уставна одговорност могла подвести под правну да разлози предвиђени уставом нису, у својој суштини, по литички, непрецизно дефинисани и, самим тим, директно подложни креативним тумачењима оних политичких или квазиполитичких тела, који су овлашћени да из ричу санкције.

100 Тако: F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge Uni versity Press, Cambridge 2007, 312 313.

101 Тако: M. Cappelletti, 73 74.

102 Ово решење је најмање прихватљиво са становишта заштите судијске независности, али је било прихваћено и одржало се на снази из разлога које је

припадају земље у којима се судске инстанце, по правилу оне највише – врховни, касациони, а од XX века и уставни суд – јављају као органи надлежни да одлучују о престанку судијске функције. Примере таквог модела налазимо у Уставу Белгије од 1831. године који јемчи да „судија не може бити лишен свога положаја нити суспендован, осим на основу пресуде" (чл. 100, ст. 2). Трећи систем би био онај у којем судско-политичка тела одлучују о престанку судијске функције. Такво решење се среће у Француској, Италији, Шпанији, Португалији и другим земљама у којима се након Другог светског рата високом савету судства поверава одлучивање о испуњености услова за разрешење судија.[103]

Међу уставима Кнежевине и Краљевине Србије, најдоследнији у заштити судија од њиховог арбитрарног уклањања са положаја, били су устави од 1888. и 1903. године. Они су правилно разликовали престанак судијске функције из објективних разлога, на основу устава, испуњењем услова за старосну или инвалидску пензију, и разрешење судије услед дела које га дисквалификује за даље обављање те функције. Тако, „судија не може бити стављен у пенсију против своје воље, осим када наврши 60 година живота, или 40 година државне службе, или када телесно и душевно тако оболи да не може дужност да врши" (чл. 158, ст. 5 Устава од 1888, односно чл. 157, ст. 5 Устава од 1903. године). Да се не би манипулисало питањем телесног или душевног инвалидитета судије било је предвиђено да се из тог разлога судија „не може [се судија] ставити у пенсију без решења Касационога Суда" (чл. 158, ст. 5, *in fine* Устава од 1888, односно чл. 157, ст. 5 *in fine* Устава од 1903. године). Када је реч о разрешењу, јемчи се да „судија не може бити лишен својега звања, нити ма под којим изговором уклоњен са дужности против своје воље, без пресуде редовних судова или дисциплинарне пресуде Касационога Суда" (чл. 158, ст. 2 Устава од 1888, односно чл. 157, ст. 2 Устава од 1903. године). Оваквим решењем му се свакако обезбеђивала правичност поступка у којем се одлучивало о његовом разрешењу, али се није прецизира-

још Монтескје (Montesquieu, 338) износио: „Такође би се могло десити да неки грађанин у обављању јавних послова повреди право народа и почини злочин који успостављене судије не би знале или не би желеле да казне. Међутим, законодавна власт, у начелу, не може да суди, а у овом конкретном случају би то могла још мање будући да представља страну у поступку народ. Она би, према томе, једино могла да буде тужилац. Али пред киме ће она да оптужи? Хоће ли се она спустити пред за коном установљене судове, који су њој потчињени, и који су, осим тога, састављени од људи, који би, с обзиром на то да су и они народ, били под утицајем тужиочевог великог ауторитета? Не: требало би, ради очувања достојанства народа и сигурности појединца, да законодавни део народа оптужује пред законодавним делом племића, који нема ни исте интересе као он, ни исте страсти".

103 Више о томе вид. *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe* (dir. T. S. Renoux), La documentation Française, Paris 1999.

ло да ли се пресуда редовног суда којом се судија лишава свога звања могла донети искључиво за какав кривични деликт (и који?), или је таква пресуда могла бити донета и за грађански деликт. Ипак, са становишта заштите судијске независности било је неспорно да судија није могао бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке (вид. *supra* пара. 4.4).

Остали устави Кнежевине и Краљевине Србије далеко мање простора посвећују јемствима независности судија у вези с утврђивањем њихове одговорности и губитком њиховог положаја, а и она јемства која пружају не односе се увек изричито на судије, већ се изводе из одредаба посвећеним чиновницима. Ипак сви они, с изузетком Устава од 1901. године, предвиђају макар надлежност судова у утврђивању кривице која може бити основ за позивање судија на одговорност или за разрешење. Сретењски устав гарантује да „чиновници, наименовани од Књаза, остају таковима за живота, и докле год буду способни к званију" (чл. 133, ст. 1), те да „не могу збацивати се на мање [звање, *прим. Т.М*] или отпуштати са свим без кривице, која се на њи не би судејски извидила и пресудила" (чл. 133, ст. 3). Турски устав, како у погледу доласка на судијски положај, тако и у погледу разрешења са тог положаја, иде даље од Сретењског устава јемчећи да „никакав Член Суда не може бити сбачен под предложенијем, да је он изступио из своји дужности, пре него што ствар буде доказана у Правосудију по уредбама" (чл. 42 Устава од 1838. године). Не само што се овим истиче посебност положаја судије у односу на остале државне чиновнике, већ се и прецизира да судија може бити збачен с положаја једино уколико повреди своје дужности, што је важна гарантија његове независности. Следећи, Намеснички устав иде, међутим, испод нивоа заштите судија достигнутог не само у Турском, већ и у Сретењском уставу. Он не гарантује ни судијама, ни чиновницима уопште, сталност њиховог положаја, и у складу с тиме не предвиђа посебан поступак за њихово разрешење. Једина гарантија која се признаје судијама у погледу њихове одговорности јесте да иако „сваки чиновник одговара за своја званична дела", судија се „не може [се] дати суду, док не одобри касацијони суд, а када овај одобри, онда суде редовни судови" (чл. 105, ст. 1 и 2), у чему се огледа, видели смо, својеврсни имунитет судија.

6. ЗАКЉУЧАК

Опште је место у уставноправној теорији да су судијска независност, односно њена формална јемства једна од основних претпоставки владавине права. То високо вредновање непристрасног делиоца правде испољило се у пракси већ приликом доношења првих

модерних уставних текстова који су прописивањем одређених институционалних механизама настојали да му пруже одговарајућу заштиту. Мада обим и садржина уставног нормирања јемстава судијске независности никада нису били уједначени, функционална независност, самосталност судова, те сталност судијске функције и јемства задовољавајућег материјалног положаја судије, као видови личне независности судија, брзо су постали део заједничке уставне традиције либералних демократија.

Деветнаестовековна Србија, намерена да у обнављању своје државности изгради и модерне јавноправне установе, постепено је у свој уставни поредак уграђивала институционална јемства судијске независности. Развој уставних гарантија независности судија није, међутим, увек био праволинијски. Тако, након Сретењског и Турског устава који, с обзиром на тадашњу културу и стање свести у Србији, предвиђају завидни ниво заштите судија, гарантујући њихову функционалну независност и самосталност судова, сталност судијске функције, а у одређеној мери и непокретност, као и одговарајућу заштиту у поступку разрешења судија, Намеснички устав, иако на потпун начин гарантује начела легалитета и самосталности, од јемстава персоналне независности познаје једино елементе судијског имунитета, док Устав од 1901. године прави још већи раскорак у односу на напредна решења Устава од 1888. године. Без обзира на ове успоне и падове, Србија се у својим установама увек угледала на друге уставне државе свога времена, које су и саме сазнавале вредности и изазове судијске независности и трагале за правом мером између независности и одговорности судија. Међутим, уставима од 1888. и 1903. године Србија се неочекивано винула и изнад највиших европских узора, усвајајући, поред уобичајеног корпуса јемстава функционалне и персоналне независности, решења у погледу начина стицања и престанка судијске функције која у западној Европи почињу да се шире након Другог светског рата, а у источној се срећу тек након пада Берлинског зида.

Ипак, приликом изношења овако *grosso modo* високих оцена о јемствима судијске независности у уставима Кнежвине и Краљевине Србије не би се смело изгубити из вида да се судијска независност мери не обимом и садржином формалних јемстава, већ степеном њеног остваривања у пракси. Уставна јемства јесу нужан корак у том правцу (барем када је реч о континенталноевропском искуству), али свакако не и довољан. За њено остварење потребни су и повољни политички и социјални услови, а надасве развијена социјална свест судија о њиховим дужностима спрам државе и друштва, као и њихова увек будна савест.[104] У складу с тиме баш као што су устави деветнаестовековне Србије били куће од песка које је обарао први јачи

[104] Ђ. Тасић, 16.

политички ветар,[105] тако је и судијска независности на папиру била релативно солидна, а у животу крајње крхка. Промене династија, устава и закона коришћени су као поводи да се састав судова мења спречавајући на тај начин да се судство у истинском смислу изгради као засебна стручна власт, са развијеном социјалном свешћу и савешћу, независна и од других (политичких) грана власти, и од приватних интересних група.

Dr. Tanasije Marinkovic

Assistant Professor
Faculty of Law University of Belgrade

GARANTIES OF JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE XIX CENTURY CONSTITUTIONS OF THE PRINCIPALITY AND KINGDOM OF SERBIA

Summary

In the legal and political thought judicial independence is considered to be one of the key institutional guaranties of the rule of law. It has therefore enjoyed the highest legal safeguards as manifested by its inclusion in the very first constitutional texts in Europe and North America. In view of the above considerations, this paper addresses the guaranties of the substantive and personal independence of judges in the Constitutions of the Principality and Kingdom of Serbia. Analysing the given Constitutions from the perspective of the relevant theoretical and comparative standards, the author reaches the conclusion that the judicial independence enjoyed, in general, an impressive level of protection, particularly when account is taken of the fact that in the nineteen century Serbia the institutions of the rule of law were being developed together with the making of the state itself. Furthermore, in the 1888 and 1903 Constitutions the author points out that the guaranties of judicial independence go well beyond the guaranties provided for by other constitutions of that epoch and that they correspond to the contemporary standards of judicial independence and accountability.

Key words: *Judicial independence. – Judicial monopoly of the courts. – Principal patterns of the designation of judges. – Principal patterns of the removal of judges. – Constitutions of the Principality (Kingdom) of Serbia.*

[105] Ј. Продановић, 432.

УДК 347.962.2(497.11)”2006”

Др Слободан Орловић

доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду
s.orlovic@pf.uns.ac.rs

СТАЛНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ *VS.* ОПШТИ РЕИЗБОР СУДИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Судска власт је због природе посла који врши одавно издвојена као посебна грана власти. Савремена уставност признаје судству независност и самосталност у односу на законодавну и извршну власт, како у положају и организацији, тако и у вршењу функције суђења. Уз те основне принципе иду и „пратећа“, али важна начела, као што су: судијски имунитет, јединство судског система, непокретност (непреместивост) судије, сталност судијске функције и др. Ипак, с времена на време, понегде, судска власт мора изнова да се „избори“ да све те уставне гаранције заиста буду поштоване и да политичке власти остану, по независност судства, на „безбедној“ удаљености.

Начело сталности судијске функције је обавезан услов независног судства. Само судија који не страхује за своју функцију док год је врши квалитено и законито, може бити независан. Супротно, судија под притиском неког реизбора, лустрације, мање или веће реформе, ма колико стручан и достојан био, не ужива независност. Стога је начело сталности судијске функције у рангу највиших правних начела. У Србији је сталност судијске функције уставно начело. Аутор истиче да је актуелном реформом судске власти ово начело прекршено. Колико год да је та реформа корисна, нужна, свеобухватна, док насупрот ње стоји макар само једно уставно начело које она крши она је неуставна.

Кључне речи: *Начело сталности судијске функције. Судска власт. Реформа судства. Уставност.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Хоризонтална подела власти на извршну, законодавну и судску, у већини данашњих држава подразумева независност судске власти. Независност као темељ положаја судске власти се у уставима

гарантује изричито или посредно, обично уз начело самосталности или, пак, неке друге гаранције.[1]

Појам судске независности у односу на друге две власти, било у организационом смислу (као самостални, организационо одвојени органи),[2] било у самом поступку доношења одлука, састоји се од елемената као што су: јединствен судски систем, посебан судски буџет, легалитет у раду – на основу устава и закона, контрола судских одлука унутар судског система, посебне одредбе о избору и разрешењу судија, сталност судијске функције, судијска непокретност – немогућност премештања судија, имунитет судија и др. Сви ови елементи су заправо материјалне и процесне гаранције независности судства. Непостојање, незаконито ограничење или непоштовање било које од наведених гаранција угрожава, чак и онемогућава независан рад судске власти. Тиме се негира подела власти као темељ савремене државе, а њен основни циљ – спречавање злоупотребе власти, остаје недостижан.

Иако се за давнашње захтеве Монтескјеа (*Montesquieu*) да судије „следе слово закона" и буду „уста закона која изговарају речи закона"[3] може рећи да су идеализовани и никад потпуно достижни, јер су и судије само људи, данашња правна држава мора имати и унапређивати правне и друге услове да закон што „течније проговори". Судија примењује општу законску норму на појединачни случај, формирајући *своје* судијско уверење. То подразумева постојање услова у којима судија може исправно да тумачи и примењује закон. Услови за такав рад судија грубо би се могли поделити у две групе: лична својства судије и заштита од ивансудског утицаја (државног и недржавног) на рад судије.

Лична својства судија су њихове добре намере, поштење, што се назива и достојношћу, и знање у чијој основи лежи формално правничко образовање. „...Судска већа треба да буду хладнокрвна и да према свим предметима буду, на неки начин, подједнако равнодушна".[4] Заштита судије од ивансудског утицаја је кључни, али некада и не-

[1] Тако у бројним уставима пише: „Судство је аутономно и независно од сваке друге власти", а „Судије су потчињене само закону" (чл. 104 и 101 Устава Италије од 1947); „Председник Републике је гарант независности судске власти" (чл. 64 Устава Француске од 1958); „Правда проистиче из народа и спроводи се у име Краља, преко судија и магистрата, који су у саставу судства, и који су незави сни, неуклоњиви, одговорни и потчињени једино владавини закона" (чл. 117 Устава Шпаније од 1978); „Судска власт је независна" (чл. 4 Устава Србије од 2006), итд.

[2] Вид. Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 511.

[3] Ш. Монтескје, *О духу закона* (прев. А. Мимица), I, Београд 1989 (1951), 89 и 183.

[4] *Ibid.*, 94. Вид. и А. Вотсон, „Лорд Менсфилд Судијски интегритет или његово помањкање: случај *Сомерсет*", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 9 23.

достижан услов независности судства. Неспорна неуставност и незаконитост извансудског притиска не значе и његово непостојање у пракси, већ, с обзиром на то да такав притисак постоји, судија мора бити заштићен – институционално (од државних органа) и струковно (удружења судија), све док законито суди.

Зашто је уставом уопште тешко осигурати такав положај судије да он зависи само од правних норми и свога уверења? Поред уставних и законских начела и гаранција независности судске власти, који су на данашњем степену развоја цивилизације готово универзални, за стварну независност судства потребно је нешто више. То „више" подразумева поштовање устава и закона од стране свих или бар од већине (без обзира на друштвену, политичку, економску и другу моћ и положај), континуитет у таквом понашању посебно од стране новоизабране власти, стално унапређење гаранција и институција које служе заштити независног судства, итд.

За разлику од политичких власти, пре свега законодавства, а онда и извршне власти, над судском влашћу, по правилу, нема периодичног демократског захтева провере легитимитета. Када позиција (власт) изгуби изборе она постаје нелегитимна, па законодавну и извршну власт препушта другој политичкој опцији која је добила поверење народа. Тај циклични процес редовних четворогодишњих или петогодишњих избора и промена власти не може и не сме да има последице по трећу, неполитичку власт – судство, јер она на тим изборима не учествује.

У редовним приликама функционисања државе, по правилу се не проверава легитимност судске власти општим избором односно реизбором судија. Разрешење и поновни избор свих судија нису пожељни ни целисходни, не само због политичких утицаја, већ и због могућих застоја и компликација у вођењу текућих судских предмета, а склони смо рећи и да такав општи избор судија често није могуће спровести објективно, у нужно кратком року.

Законитим радом судство стиче друштвени ауторитет и поверење и чува слободу грађана гарантовану уставом и законом. Поверење народа у судство као грану власти заправо се темељи на вери у појединог носиоца судске функције. У случају незаконитог, несавесног, неквалитетног рада судије или судија, не поставља се питање избора нове судске власти, већ се по утврђеној процедури такав судија разрешава и на његово место бира или именује други. Отуда би у политички стабилној и уређеној држави, судије требало, незаинтересовано по свој статус, да гледају на изборно смењивање политичких странака на власти. Останак судија на функцији зависи само од квалитета њиховог рада, који је најпозванија да оцењује сама судска власт, а никако од политичке или неке друге подобности или непо-

добности коју би цениле законодавна и извршна власт или политичка странка која их твори. Како је писао Монтескје, ако судска власт није одвојена од законодавне и извршне власти, нема ни слободе. „Ако би (судска власт, *прим. С.О.*) била спојена са законодавном влашћу, власт над животом и слободом грађана била би самовољна јер би законодавац био и судија. Ако би, пак, била спојена са извршном влашћу, судија би могао имати снагу угњетача“.[5]

Ипак, историјски и савремени примери могу навести на то да се, пре свега извршна власт, посматра као неко ко с муком одолева да не помрси конце независном судству. Извршна власт се старала да има пре лојално него независно судство, како у државама владавине права, а још више у оним другим. Тако је у Кнежевини Србији афером названом „Пропаст Великог суда“ режим кнеза Михаила Обреновића ударио на независност судске власти. Сменивши, оптуживши и осудивши судије Великог суда на основу закона који је имао ретроактивно дејство, носиоци егзекутиве су пренебрегли поделу власти и поклопили судство политиком.[6] У Сједињеним Америчким Државама тридесетих година прошлог века за време председника Френклина Рузвелта (*Roosevelt*), Врховни суд је проглашавао противуставним неке законе социјалноекономског карактера који нису одговарали крупном капиталу, иако формалноправно нису били противни Уставу САД.[7] Да би умањио конзервативност и створио могућност каквогтаквог утицаја на ове судије са сталном функцијом (*during good behavior*), председник Рузвелт је исходовао да сваки судија Врховног суда старости преко 70 година има помоћника кога именује председник САД. У Републици Србији је у току реформа судске власти која се у делу стручне јавности сматра ударом на независност судства, о чему ће бити речи даље у раду.

Влада, као орган који води политику парламентарне државе и на коју је посредно пренет народни суверенитет, тежи да своју политичку моћ распростре на све друштвене сфере, што значи и на судску власт. Утицај владе на судство је немогуће потпуно елиминисати, самом чињеницом да егзекутива, углавном преко ресорног ми-

5 *Ibid.*, 176.

6 Велики суд је ослободио четрдесетак завереника који су наводно планира ли смену на престолу „Мајсторовићева завера“, што је навело кнеза Михаила да покрене поступак против петорице судећих судија и секретара Суда, који су осуђени на затворске казне. Вид. С. Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд 1990 (1933), 432 442.

7 Више вид. П. Јовановић, *Савремени политички системи II*, Нови Сад 1989, 137. И други амерички председници су „ратовали“ са Врховним судом. Тако је пред седник Абрахам Линколн (*Lincoln*), још као председнички кандидат, критиковао, а потом нашао начин и да практично опозове одлуку Врховног суда, рецимо када је легалност ропства у питању, вид. Ch. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, New York 1959, 369 381.

нистарства, учествује у поступку избора судија, доношењу прописа, установљавању мреже судова, одређивању висине плата и накнада судијама и др. Сличном тежи и шеф државе у системима где он има доминантан политички положај. Политички утицај извршне власти је извор угрожавања независности судства и прихватљив је само као нужност сарадње две гране власти, а никако као надређеност егзекутиве судству, нити као захтев поједином судији у вези са конкретним судским предметом.

Моћна брана континуираном утицају егзекутиве на судство јесте *начело сталности* судијске функције и судова. Начело сталности у вези са статусом суда произлази из поделе власти и подразумева да оснивање, укидање, надлежност, организација судова и друга статусна питања могу бити регулисана само уставом и законом.[8] Нема судова за посебан случај нити посебних судова изван закона.

Начело сталности судијске функције (или сталност судијске функције) често се посматра заједно са начелом судијске непокретности. Најосновније гаранције судијске независности, која није само правна већ и општа културна тековина, јесу његова сталност и непокретност: „да судије не могу бити, без одређених законских услова, са свог положаја уклоњени, ни премештени".[9] Ова два начела не могу да елиминишу сваки контакт извршне и судске власти нити им је то сврха, већ га временски ограничавају – утицај извршне власти на судију завршава се моментом његовог избора на функцију.

Избор или именовање судије не подлеже ревизији, реизбору, јер је судија на основу начела сталности судијске функције добио трајан, „доживотни" мандат.[10] Судијски мандат није доживотан у апсолутном смислу (осим у случају смрти судије), већ судији, по правилу, престаје функција раније, али по унапред прописаним условима и процедури, вољно и невољно. Судија може вољно да напусти функцију, а може бити и разрешен – тада његова воља није пресудна. Могућношћу разрешења судије не релативизује се начело сталности судијске функције већ се, напротив, оно учвршћује као правило које унапређује судску власт. Сврха начела сталности судијске функције

[8] М. Пајванчић, „Уставни принципи независног судства", *Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији*, Ниш 2009, 31.

[9] И. Крбек, *Гаранције судијске независности*, Београд 1935, 3 5.

[10] Изузетак је први избор на функцију. У Украјини председник Републике именује судије на пробни рок од пет година при првом именовању, у Хрватској и Бугарској је такође пробни период пет година, у Србији постоји пробни мандат од три године на који судије бира Народна скупштина. Судијска функција приликом првог избора није стална, већ траје од једне до пет година и у Немачкој, Литванији, Молдавији, Луксембургу, Мађарској... *European judicial sistems*, 2008, 195, нав. према *http://books.google.com/books*, 26. мај 2010; Л. Хека, „Судска власт у словенским државама", *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 68/2008, 6 15.

није да занавек и *a priori* штити све судије, па тако и оне које се покажу као лоши, недовољно способни, непоштени, односно „нестручни и недостојни". Сталност судијске функције би се лако могла „обесмислити и претворити у своју супротност уколико се схвати као параван за нестручно и несавесно обављање судијског позива".[11] Начело сталности судијске функције има за циљ побољшање рада судске власти, омогућавање стручног усавршавања и напредовања судија, допринос објективном суђењу, а тога не може бити ако се нестручне и недостојне судије не могу разрешити, у складу са уставом и законом. Допустити да такве судије суде и примењују право, у крајњој мери би угрозило владавину права чији је последњи гарант судска власт.

2. СТАЛНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ УПОРЕДНОИСТОРИЈСКИ И МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ КОНТЕКСТ

У свакој заједници људи, била она мања, попут једног села, или већа као што је држава, постоје спорови о праву. Ти спорови решавају се вршењем судске (судијске) функције која тек у новије доба постаје и посебна, независна судска државна власт. У државама старог света судили су различити органи, колективитети и појединци, а њихов статус је био неједнак. Судили су саплеменици, изабране судије у селима и градовима, припадници истог друштвеног слоја, као вид народног судовања, све до државних чиновника, оних које бисмо данас сврстали у управну власт. Пресуде су у грађанским и кривичним стварима изрицане у име владара – врховног судије, или Бога. Тако је у Вавилону судио управник града у присуству неколико угледних грађана; у Старом Египту чиновници у Већу десеторице и Палати шесторице; у Атини су, поред магистрата и судија поротника, судили и скупштина, веће, архонти...[12] Органи који су доносили пресуде могли су бити, и тежили су да буду, објективни (судска истина), али они нису били независни. Није било гаранција независности, а између осталих, није било ни сталности судијске функције. Често је улога судије додељивана *ad hoc*, за одређени случај, а добро је познато да се у појединим друштвима судијска функција, као и друге јавне функције, куповала.

[11] Т. Маринковић, „О уставности општег реизбора судија", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 290.

[12] С. Шаркић, *Општа историја државе и права*, Нови Сад 1999, 49, 58, 78 79; С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2008, 79 80, 89 и 125.

Услови за сталност судијске функције, која је поред несмењивости подразумевала и непреместивост (непремештање, непокретност) судије из једног суда у други без његове сагласности, делимично се стичу у Средњем веку. У том дугом раздобљу феудалац је судио својим поданицима, сељацима, кметовима, вазалима, што казује да је делом напуштен стари принцип суђења од стране једнаких. Такође, постоје црквени и градски судови (немачке државе, Француска, Енглеска). У Енглеској је, рецимо, у пракси краљевског суда (*curia regis*) задржан принцип да сваком суди суд њему једнаких. Из овог суда се временом издваја више судова различите надлежности. У почетку су краљевски суд чиниле угледне личности, а од XIII века енглеске судије општег права (*common law*) постају професионалци.[13] „Од 1344. судиски позив постаје сталан, тј. професија. Али тек од 16. ст. судије постају стални у модерном смислу речи тј. несмењиви (*inamovibles*). Ово је било везано за куповину судиског звања. А за последицу је имало потпуну независност судија“.[14] Нешто раније, шеријатско право у раном Средњем веку познаје посебне судске органе – кадије, чије су пресуде коначне.[15]

Широко прихватање начела сталности судијске функције десило се у Новом веку. Сталност је један од услова независности судске власти и везује се за поделу власти и доношење првих устава. Судска власт се уставима буржоаских (грађанских) држава одваја од извршне и управне власти, и поверава судовима. Одредба првог буржоаског устава, Устава САД (1787): „Судије врховног суда, као и судије нижих судова, вршиће своју дужност докле год се добро држе...“,[16] која је заправо потврда сталности судијске функције, проширила се и у друге уставе. У Уставу Француске од 1791. године пише да се „судије не могу уклонити...“,[17] његов тек нешто старији вршњак, Устав Пољске од 1791. године такође гарантује сталност судијске функције.[18] По белгијском Уставу од 1831. године судије се именују доживотно, односно до стицања законских услова за пензију,[19] немачки Вајмарски

[13] С. Шаркић, 191.

[14] Ђ. Тасић, *О јемствима судске независности*, Београд 1935, 3.

[15] Главни кадија препоручује избор осталих судија (кадија), које имају своје стручне саветнике муфтије и помоћнике тзв. позване сведоке. С. Аврамовић, В. Станимировић, 196.

[16] Чл. III, одељак 1 Устава САД од 1787.

[17] Поглавље V, чл. 2 Устава Француске од 1791.

[18] Чл. VIII Устава Пољске од 1791.

[19] „Судије се именују доживотно. Они се пензионишу када стекну године предвиђене законом и имају право на пензију у складу са законом. Судија не може бити лишен своје функције или суспендован без одлуке суда. Премештању судије може се приступити само истовремено са новим именовањем и уз његову сагласност“ (чл. 152 Устава Белгије од 1831).

устав од 1919. године исто садржи одредбу о доживотном именовању судија,[20] као и други устави донети у XIX и XX веку.

Данас је начело сталности судијске функције широко распрострањено у уставним системима. Неки устави, по угледу на амерички, сталност судијске функције чувају на нивоу уставног постулата, док је у једном броју држава ово начело гарантовано законом. „Судије уживају сталност. Они не могу бити отпуштени из службе, осим по одлуци Високог савета магистратуре...“.[21] „Сталне судије су непокретне“,[22] „Правда проистиче из народа и спроводи се у име Краља, преко судија и магистрата, који су у саставу судства, и који су независни, неуклоњиви... Судије и магистрати не могу бити отпуштени, суспендовани, премештени нити пензионисани, осим из неког од разлога, и уз гаранције предвиђене законом“.[23]

Имајући у виду широку прихваћеност начела сталности судијске функције, потврђену и у међународним правним актима, може се рећи да је ово начело и цивилизацијска тековина, готово универзалног карактера. Поменимо само документ Организације уједињених нација (ОУН) у коме стоји: „Судијама, било именованим или изабраним, се гарантује сталност функције до стицања услова за пензију или до истека мандата, тамо где такав постоји“.[24] У другим међународним актима пише да се „судије по правилу бирају доживотно...“,[25] да се „сталност судијске функције и плате морају гарантовати законом“,[26] да се „судија...не може преместити било где... ако на то добровољно не пристане“[27] (резиденцијална сталност), гарантује им се сталност функције без обзира да ли су именоване или постављене итд. Сталност судијске функције се прописује и штити с циљем достизања независности и националног и међународног суд-

[20] „Судије редовних надлежности именују се доживотно“. Судије могу бити привремено суспендоване...само на основу законом прописаних разлога и у поступку прописаном законом (чл. 105 Устава Немачке од 1919).

[21] Чл. 107 Устава Италије од 1947. године.

[22] Чл. 64 Устава Француске од 1958. године.

[23] Чл. 117 Устава Шпаније од 1978. године.

[24] Чл. 12 Основних начела независности судства, 1985, усвојена на Седмом конгресу Уједињених нација за спречавање злочина и поступање према преступницима у Милану и потврђена од Генералне скупштине УН у Резолуцијама 40/32 и 40/146 из исте године.

[25] Чл. 22 Минимума стандарда независности судства, које је донела Међународна адвокатска комора (IBA), 1982. године.

[26] Начело I, чл. 2.а) Препоруке Р (94), донео Савет Европе, 1994. године.

[27] Чл. 3.4. Европске повеље о статуту (закону) за судије, коју је донео Савет Европе, 1998. године. Слична одредба постоји и у Универзалној декларацији о независности правосуђа из 1983. године, тач. 2.18, усвојеној на Првој светској конференцији о независности правосуђа у Монтреалу.

ства. Оно превазилази национални (уставни) ниво и постаје део наднационалног (међународног) права, тзв. глобалног правног поретка.

3. ПОГЛЕД НА СТАЛНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ У ИСТОРИЈИ СРПСКЕ УСТАВНОСТИ

Стари судски систем у Србији свакако да није познавао оно што данас зовемо судска грана власти, нити се могло говорити о некаквој сталности функције оних који суде. У време вожда Карађорђа и књаза Милоша Обреновића, када се обнављала српска државност и градили темељи данашње Србије, судство је тек пошло путем осамостаљивања и независности. Поред новоустановљеног Правитељствујушчег совјета који „суди и пресуђује све веће распре и тужбе земаљске“,[28] постојали су сеоски, кнежински, нахијски и трговачки судови, који су судили са ослонцем на обичајно право и начело правичности, а судиле су и старешине, и вожд и књаз.[29] Повремено су судиле и скупштине за политичке, кривичне и дисциплинске преступе, а пресуђивале су и грађанскоправне ствари.

У почецима обнове српске државе скромна настојања „да се судска власт одвоји од управне и организује засебно“,[30] добијају свој правни облик у уставима. У првом српском Уставу од 1835. године, Сретењском, још нема јемстава сталности судијске функције, тек се гарантује независност судства.[31] Други, Турски устав од 1838. године доноси прва јемства сталности судије – „Никакав Член Суда не може бити сбачен под предположенијем, да је он изступио из своји дужности, пре него што ствар буде доказана у правосудију по уредбама“,[32] али нема јасну одредбу да је судијска функција стална. У Намесничком уставу од 1869. године проналазимо „само“ начело независности (чл. 109). По Радикалском уставу од 1888. године каже се: „Судије су

[28] В. С. Караџић, *Историјски и етнографски списи*, Београд 1898, 62.

[29] „Судио је и Карађорђе и преко и по поступку, и у првом и у другом степену, и војводама и другим старешинама, и народу“, Д. Јанковић, *Историја државе и права Србије XIX века*, Београд 1958, 17. А за времена Милошевог, како је писао Вук Караџић био је: „Први суд (је) у селу код главнога кмета (који, с договором остали кметова, може, особито немирним људма и скитачима, који иду од казана до казана, ударити до 25 батина), од сеоскога се суда иде наиском магистрату, од магистрата великом суду, од великог суда Милошу, а како он нађе за право, онако мора бити.“ В. С. Караџић, 192.

[30] Д. Ј. Данић, *Развитак административног судства у Србији и остале скупљене расправе из јавног права,*, Београд 1926, 7.

[31] „Судија не зависи у изрицању своје пресуде ни от кога у Србији, до од за коника Србског...“, чл. 80 Сретењског устава.

[32] Чл. 42 Турског устава.

у својим звањима сталне. Судија не може бити лишен својега звања, нити ма под којим изговором уклоњен са дужности против своје воље, без пресуде редовних судова или дисциплинарне пресуде Касационог Суда (...)".[33] Априлски устав од 1901. године нема гаранције сталности судијске функције, које су коначно враћене Уставом од 1903. године (чл. 157). Оба устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (потоње Југославије), Видовдански од 1921. и Октроисани од 1931. године, гарантују начело сталности формулацијама узетим из Радикалског устава Краљевине Србије.[34]

У периоду социјалистичке уставности Србије и Југославије (1946–1990), републички и савезни (југословенски) устави гарантовали су независност судовима, али није било изричите одредбе о сталности судијске функције. У Уставу Федеративне Народне Републике Југославије (ФНРЈ) од 1946. године народни судови су независни у „изрицању правде", „суде по закону" и „одвојени су од управе у свим степенима".[35] У Закону о судовима из 1954. године, који је имао уставни карактер, пише да „У суђењу учествују сталне судије и повремене судије (судије поротници)", које бирају и разрешавају народне скупштине и народни одбори.[36] У Закону нема ближих одредби о избору и разрешењу судија па остаје питање колико „сталне судије" заправо уживају сталност функције? Из одредби Устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ) од 1963. године се посредно може закључити да је судијска функција стална,[37] док у уставности након 1974. године нема сталности положаја судија – „Судије и грађани који учествују у суђењу у редовном суду бирају се на одређени период и могу бити поново бирани".[38]

Устав Републике Србије од 1990. године је поделио државну власт, тако да је судска власт припала судовима који су самостални и независни у своме раду и суде на основу Устава, закона и дру-

[33] Чл. 158 Радикалског устава. Пре тог Устава, сталност судијске функције уведена је већ законом од 1881. године.

[34] Вид. чл. 112 Видовданског устава и чл. 101 Октроисаног устава. Упор. са чл. 158 Радикалског устава.

[35] Чл. 116 Устава ФНРЈ од 1946. године.

[36] Чл. 11 и 12 Закона о судовима, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 30/54.

[37] „Судије и судије поротнике *бира* скупштина одговарајуће друштвено политичке заједнице... Судије и судије поротнике може разрешити од дужности само представничко тело које их је изабрало, и то под условима и у поступку који су прописани законом" (чл. 137 Устава СФРЈ од 1963).

[38] Чл. 253 Устава Социјалистичке Републике Србије од 1974. године. О положају судија у самоуправном систему, вид. В. Рајовић, „Својинскоправни одно си, самоуправни правобранилац и смењивост судија", *Анали Правног факултета у Београду* 5/1973, 63 72; З. Јекић, „Уставна обележја судијске функције", *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1980, 167 184.

гих општих аката. Устав уводи (враћа) сталност судијске функције одредбом: „Судијска функција је стална“. Устав, даље, снажи ово начело још неким јемствима – уређује када судији престаје функција, када може бити разрешен дужности против своје воље и ко о томе одлучује, забрањује премештај судије без његове сагласности (непокретност).[39] Важећи Устав Републике Србије од 2006. године, донет по правилима о промени Устава од 1990. године (уставни континуитет), преузима основна начела о судској власти од тог Устава. И по садашњем Уставу „Судови су самостални и независни (...)“, а „Судијска функција је стална“, уз изузетак да „лице које се први пут бира за судију бира се на три године“.[40]

Иако оба устава Републике Србије судијску функцију проглашавају сталном, пракса српског двадесетогодишњег парламентаризма казује да је та уставна одредба у неким периодима релативизована, прагматски тумачена и кршена. Судије су као високи државни функционери уставног нивоа и носиоци судске власти почесто били не више до предмет у рукама извршне власти. Као објекти различитих, проведених и недовршених реформи, лустрација, реизбора и промена, судије нису уживале уставима им гарантовано статусно право – сталност судијске функције. Сталност судијске функције, али само до неке прве наредне „реформе“, негативно је утицала како на квалитет и објективност рада судова, на друштвени ауторитет носилаца судске власти, и у крајњој мери на ограничење власти. Неауторитативно судство не може нити због мањка легитимности сме објективно контролисати да ли се сви, па и извршна власт, понашају у складу са законом.

Дакле, сама уставна прокламација начела сталности судијске функције (п)остаје антипод самој себи уколико се отворено, прикривено, колективно или појединачно – крши. Последња реформа судске власти, још незавршена, а спровођена на основу закона донетих крајем 2008. године, показује да се у Србији није до краја разумело начело поделе власти које подразумева независно судство, без обзира на обим реформе. Супротност таквом судству је лојално, дакле зависно, судство, до чега неуставна реформа (пре свега, општи реизбор) може да доведе. Неки правни акти и мере које се доносе и проводе од почетка актуелних промена у правосуђу (на пример, Закон о судијама, Одлука о избору судија на сталну функцију (...), Одлука о престанку судијске функције (...), акти у вези с правним лековима неизабраних судија и др.),[41] наводе на сумњу да код активне власти –

39 Чл. 9, 96 и 101 Устава Републике Србије од 1990. године.

40 Чл. 142 и 146 Устава Републике Србије од 2006. године.

41 Вид. фн. 58 и 66.

егзекутиве, још увек постоји нека амбиција-водиља супротна уставним начелима о судству и сталности судијске функције посебно.

Бројни су примери „довођења у ред“ судија у Србији, од деведесетих година прошлог века наовамо: 1993. године – масовни одлазак судија у адвокатуру због лошег материјалног положаја, али и политичких притисака; 1999. године – међу тридесетак судија разрешени су и неки истакнути чланови Друштва судија Србије, струковног удружења;[42] 2000. године – пример незаконитог разрешења двоје судија у Пожаревцу, која незаконитост је потврђена судском пресудом из 2010. године.[43] Исте године један број судија је након петооктобарских политичких промена на лични захтев напустио судство; 2001. године – министарство правде покренуло иницијативу за разрешење 118 судија и 69 судија за прекршаје;[44] 2002. године – од готово 120 захтева за разрешење судија и председника судова поднетих Великом персоналном већу Врховног суда (до септембра те године), надлежном за вођење поступка и утврђивање разлога за разрешење судија, Народна скупштина је разрешила петоро;[45] 2003. године – непосредно након атентата на председника Владе, Народна скупштина је разрешила 35 судија са образложењем да су испунили законски услов за пензију, а изнуђена је и „оставка под притиском“ тадашњег председника Врховног суда Србије.[46] Ови примери показују да судије у континуитету не уживају сталност положаја. Најдрастичнији пример је актуелна реформа судства која је игнорисала начело сталности судијске функције, а тиме су негирана и темељна уставна начела о независности и самосталности судске власти.

4. СТАЛНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ У УСТАВУ ОД 2006. ГОДИНЕ

Устав Републике Србије од 2006. године, како смо видели, гарантује сталност судијског положаја. Сталност судијске функције

[42] Нав. према *http://www.vreme.com/arhiva html/468/07.html*, 23. јул 2010. године.

[43] Нав. према *http://www.pressonline.rs/sr/vesti/vesti dana/story/120406/Bal%C5%A1a+Govedarica+osu%C4%91en+zbog+razre%C5%A1enja+sudija.html,* 23. јул 2010.

[44] Нав. према *http://www.blic.rs/stara arhiva/drustvo/12154/Batic saopstio spisak za razresenje*, 23. јул 2010. године.

[45] Нав. према *http://www.arena92.rs/code/navigate.php?Id 188*, 23. јул 2010. године.

[46] Нав. према *http://www.vreme.com/cms/view.php?id 336136*; *http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy 2003&mm 03&dd 20&nav category 11&nav id 103921*, 23. јул 2010. године.

није апсолутна (доживотна), јер по Уставу судија може остати на положају и краће, било да су у питању неизбор на сталну функцију, воља судије, испуњење законских услова, било да се ради о разрешењу.[47]

Правило приликом избора судија које се може посматрати као изузетак у односу на начело сталности судијске финкције односи се на први избор – „лице које се први пут бира за судију, бира се на три године“. Овакво решење постоји у неким уставним системима, а образлаже се потребом провере рада судије-почетника пре него што постане стални судија. Уколико се овај трогодишњи (негде и петогодишњи)[48] тест стручности, ефикасности, зрелости и поштења покаже позитивним, имаће свој епилог у избору судије на сталну функцију. У супротном, по сили Устава судијска функција ће престати истеком три године.[49]

Овај пробни рад судије може се критиковати због тога што крњи положај судије и ствара „временске“ судије. То је једна врста релативизације судијске независности, тупљење оштрице начела сталности судијске функције, које је унето у Устав из прагматичних разлога. На овај начин из судске власти могу се „елегантно“ елиминисати неквалитетне, недостојне и непоштене судије, додуше само почетници. Али, као и нека друга уставна решења, трогодишњи мандат има и негативну страну. Замисливо је да се судија почетник, без осећаја независности и самосталности и у настојању да буде свестрано подобан за сталну функцију, у свом раду заправо удаљава од закона. Постоји опасност да ће млад судија зарад останка на радном месту можда пречути „глас закона“, а слушати гласове и ставове оних који треба да га изаберу на сталну функцију. О саставу органа који бира судије за трајно обављање судијске функције, Високом савету судства, биће речи касније.

Начело сталности судијске функције није апсолутно у односу на вољу судије. Судијски посао је вољан, а не принудан. У том смислу, судија је слободан да своје радно место својевољно напусти. Ово се чини по одређеној процедури која подразумева подношење писменог захтева овлашћеном органу, али која нипошто не ограничава нити суспендује слободу судије да напусти свој положај.

---

[47] Чл. 148 Устава од 2006. године.

[48] У Бугарској, Хрватској, Литванији... Пример временски ограниченог ман дата судија постоји, рецимо, у Европском суду правде, нејвишем суду Европске уније, у који се судије бирају на мандат од шест година.

[49] По правилу, ово је невољни начин престанка радног односа судије. Теоријски, то може бити и вољно, на пример, ако судија након истека трогодишњег мандата не конкурише на расписан конкурс за судију у радном односу на неодређено време.

Судија обавља функцију док је радно способан у физичком и психичком смислу и док га закон радно способним сматра. Наступање неспособности за рад или старост не сматрају се ограничењем начела сталности судијске функције. За разлику од судија америчког Врховног суда и других федералних судова (окружни и апелациони), који суде док год то умно и физички могу (*during good behavior*),[50] код нас сталност има општу границу у испуњењу законских услова за пензију. Судији који је стекао услове за пензију може бити продужен мандат највише две године, под законом одређеним условима. Но, то продужење свакако не мења природу сталности судијске функције која у нашем систему и даље остаје неапсолутна. Ако судија услед болести трајно изгуби радну способност пре пензионисања, такође му престаје функција. Непрецизна одредба у нашем Уставу о престанку судијске функције „наступањем законом прописаних услова" (чл. 148, ст. 1 Устава) прихватљива је само ако се односи на законске услове који се тичу завршетка радног века судије и наступања његове трајне радне неспособности. У супротном, постојало би законско негирање уставног начела сталности судијске функције.[51]

Коначно, институт разрешења судије је правно и политички најосетљивији „атак" на судску власт, па тиме и на сталност судијске функције. Разрешење је невољни престанак радног односа судији које, као такво, јесте супротност начелу сталности судијске функције. Ипак, зарад ауторитета судске власти иза којег мора стајати квалитетан и поштен рад судија, правни систем има унапред прописане критеријуме које судија мора да испуњава све време. У супротном, начело сталности судијске функције би штитило и неквалитетне, недисциплиноване и непоштене судије, а тиме би се урушавао ауторитет судства. Стога је разрешење као начин престанка судијске функције неодвојиво и логична целина са сталношћу судијске функције, али само онда када се проводи по јасно прописаној процедури, критеријумима и од стране објективног (судског) органа. У поступку разрешења се, заправо, утврђује одговорност судије за кога се основано сумња да неквалитетно или непоштено ради. У питању је његова лична одговорност јер је институт разрешења примењив само на појединца. Судија је у суђењу независан, што имплицира личну одговорност и уколико његов рад није задовољавајући, санкција је разрешење. Колективно разрешење, чистка, лустрација и друге често

---

50 У судовима америчких федералних јединица (првостепени, апелациони, врховни, мировни) судије се, по правилу, бирају на мандат од четири, шест или осам година.

51 „Недостатак основних уставних одредби у односу на ово питање може представљати озбиљну претњу независности судија" (Мишљење бр. 405/2006 Венецијанске комисије (Европска комисија за демократију путем права), 14, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 srb.pdf*, 15. јул 2010. године.

„револуционарне“ промене, тек су злоупотребе овог правног института.

Устав оставља да се законом утврде разлози за разрешење судија и уреди поступак, али сам одређује који орган доноси одлуку о разрешењу – Високи савет судства (и његов пандан – Државно веће тужилаца када су јавни тужиоци и њихови заменици у питању). Додатна гаранција да ће поступак утврђивања одговорности бити фер и објективно довршен јесте Уставом прописан правни лек на одлуку о разрешењу судије. Коначан суд о томе да ли судији престаје функција разрешењем доноси Уставни суд.[52] Тако је „чувар устава“, Уставни суд, уједно и крајњи, највиши државни гарант начела сталности судијске функције.

Остала уставна начела која уређују положај судије – независност, непреместивост, имунитет, неспојивост (инкомпатибилитет), заједно са сталношћу судијске функције граде позицију независне и самосталне судске власти у српском уставном систему. Но, поменута судска реформа ту уставну слику о независном и самосталном судству практично помућује.[53] Од свих уставних јемстава која штите положај судије на најдиректнијем удару нашла се сталност судијске функције.

5. СТАЛНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ И ОПШТИ РЕИЗБОР СУДИЈА У СРБИЈИ

У основи правног реда је хијерархија правних аката, која значи да правни акти ниже правне снаге морају бити у складу са правним актима више правне снаге. У правном поретку Србије Устав је највиши правни акт и неспорно је да други општи правни акти: уставни закон, закони, уредбе и др, овим редом, морају бити у складу са Уставом.[54] У том смислу, уставно начело сталности судијске функције је по правној снази неприкосновена норма за све норме

[52] Чл. 145 Устава од 2006. године.

[53] Рецимо, уместо 138 првостепених општинских судова установљена су 34 првостепена основна суда (Закон о седиштима и подручјима судова и јавних ту жилаштава). Тиме је, између осталог, значајно поремећено начело непокретности судија које сад путују од места пребивалишта до места рада толико да се то шаљиво назва „судијски туризам“.

[54] Чл. 194 Устава од 2006. године. Део нашег правног поретка су и општеприхваћена правила међународног права за која се не тражи да буду у складу са Уставом (већ се подразумева да Устав као „млађи“ правни акт треба да буде прав но прилагођен тим правилима, нпр. решавању сукоба између држава мирним путем) и потврђени међународни уговори који „морају бити у складу са Уставом“ (чл. 16 Устава), односно „не смеју бити у супротности са Уставом“ (чл. 194 Устава).

других општих правних аката који уређују судску власт у Србији. Правни прописи морају бити усклађени са начелом сталности када је судска власт у питању, у противном били би неуставни. Ипак, када је у питању последња реформа судске власти у Србији и општи реизбор судија, хијерархија правних аката није поштована, па је на поступак пала сенка неуставности.

Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије је правни темељ актуелне реформе судске власти. Одредба Уставног закона да ће се „Избор судија и председника осталих судова извршити најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства" је, показало се, први правни насртај на уставно начело сталности судијске функције и, у крајњој мери, на хијерархију правних аката у Србији.[55] Додуше, ова одредба Уставног закона је непрецизна, па се може различито тумачити. Ако се држимо Устава и уставног континуитета, тумачићемо је тако да се „избор судија" који ће се „извршити најкасније у року од једне године...", односи само на нове судије које би се јавиле на конкурс за упражњена радна места (ако таквих места има). Слично се може тумачити и норма Уставног закона која се односи на избор председника судова, председника и судија Врховног касационог суда.

Ипак, законодавац се није руководио оваквим схватањем одредбе Уставног закона, већ је законом „појашњено" да судијама који нису изабрани у складу са Законом о судијама судијска функција престаје по сили Закона даном ступања на функцију судија изабраних у складу са тим законом, тј. 1. јануара 2010. године.[56] Тако је „силом закона" протумачен виши, Уставни закон и, на крају, занемарена највиша правна снага, уставна. Уставна одредба о сталности судијске функције је заборављена! Судије су, уместо да уживају „безизузетно правило"[57] о сталности функције, биле принуђене да са другим кандидатима опет конкуришу за судијско место или ће им, по сили Закона, престати функција. Њих 837 судија је по објављивању резултата конкурса и остало без функције за коју Устав и даље јемчи да је стална.[58]

---

[55] Чл. 7, ст. 2 Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије од 10. новембра 2006. године. Ст. 1 овог члана гласи: „Избор председника Врховног каса ционог суда и први избор судија Врховног касационог суда извршиће се најкасније у року од 90 дана од дана конституисања Високог савета судства." Вид. чл. 146 и 194 Устава од 2006. године.

[56] Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, чл. 101.

[57] В. Ракић Водинелић, Којим путем ка владавини закона анатомија разарања треће државне власти у Србији, *http://www.republika.co.rs/476 477/20.html*, 20. јул 2010.

[58] Вид. Одлуку о избору судија на сталну функцију у судовима опште и по себне надлежности од 16. децембра 2009. године и Одлуку о престанку судијске

Уставни суд, самосталан и независан државни орган „позван да бди“ над Уставом, да се стара о хијерархији правних аката, да штити уставност и законитост, није по доношењу закона о правосуђу сачувао правну снагу уставне норме. Уставни суд је Решењем о неприхватању иницијатива за покретање поступка за утврђивање неуставности (и несагласности са потврђеним међународним уговорима) одредаба Закона о судијама, даљем току реформе заправо отворио врата изласка из оквира уставности, пошто је утврдио да оне нису несагласне Уставу.[59] Мада није покренут поступак о оцени неуставности Закона, али је утврђено да одредбе тог закона нису несагласне Уставу.

По мишљењу Уставног суда, Устав од 2006. године не јемчи сталност судијске функције стечене по раније важећем Уставу од 1990. године, јер се стална судска функција може стећи искључиво избором од стране Високог савета судства. Народна скупштина, која је бирала све судије по Уставу од 1990. године, сада бира само судије на мандат од три године и због тога не постоји уставни континуитет у погледу сталности судијске функције стечене по Уставу од 1990. године, у персоналном погледу (шта год то значило, *прим С.О.*). Уставни суд у Решењу наводи и да судијска функција није стечено субјективно право (?!) већ се, као јавна функција, стиче на начин утврђен Уставом и законом, итд.

Приликом доношења овог решења Уставни суд није био јединствен, већ је унутар Суда изражено и образложено мишљење супротно већинском.[60] У издвојеном мишљењу брани се начело сталности, пре свега чињеницом да је „Устав од 2006. године донет на начин прописан предходно важећим Уставом, донетим 1990. године, те је, сагласно ставу уставноправне науке, у процедуралном смислу произишао из претходног Устава, чиме је у потпуности поштован, а не прекинут уставни континуитет“. Ово говори да је Устав од 2006. године донет по правилима за промену Устава од 1990. године,

---

функције судијама које нису изабране у складу са Законом о судовима од 25. децем бра 2009. године, које је донео Високи савет судства.

[59] Решење Уставног суда о Закону о судијама с издвојеним мишљењем судије проф. др Оливере Вучић, *Службени гласник РС*, бр. 65/2009. По Закону о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07), Уставни суд *решењем* „покреће поступак“, када су испуњене процесне претпоставке, односно „обуставља поступак“, „одбацује захтев“, „не прихвата иницијативу“, „одлаже ступање на снагу“... (чл. 46 Закона), ценећи, дакле, формалноправне услове. Закон не каже који акт доноси Уставни суд када оцени да је неки закон у сагласности са Уставом, али пошто се ту одлучује у меритуму, требало би да доноси одлуку, као и када утврђује да закон није у саглас ности са Уставом (чл. 45 Закона).

[60] Издвојено мишљењем судије проф. др Оливере Вучић у предмету ИУ 43/2009.

да међу њима постоји еволуција и веза, а не правни прекид нити неки револуционарни међупростор, па се између два начела сталности судијске функције из ова два устава просто нема где уметнути некаква норма која би та начела поништила. Јасно гарантовано начело сталности судијске функције не може се променити Уставним законом, како се наводи у издвојеном мишљењу, „с обзиром да је у питању акт спроведбене природе, (који) није властан да мења Устав, односно он мора бити у сагласности са Уставом“. А тек о „власности“ закона да мења Устав не може бити речи.

Занемаривши начело сталности судијске функције реформа судске власти отворила је простор многим критикама научних и стручних посленика. Не пледирајући овде на свеобухватност позитивних и негативних, већинских, критика о судској реформи, чињеница је да оне углавном прате уставноправну нит – непоштовањем сталности судијске функције угрожава се независност судства, тиме и начело поделе власти као граничник свевласти и, на концу, владавина права и правна држава.

Устав од 2006. године је преузео основна начела парламентаризма и организације власти од свог предходника, што значи да поред формалне повезаности добрим делом постоји и материјални (садржински) континуитет два устава. Иако је карактеристика наше уставне ревизије континуитет, Уставни закон је предвидео изборе на свим нивоима у одређеним роковима, што је из угла правне науке прихватљиво имајући у виду легитимитет који ће добити политичка власт изабрана по новом Уставу.[61] Али, став државних органа о потреби избора политичких представника не тиче се судске власти, која ужива начела независности и сталности судија. Отуда је нејасан мотив за провођење свеобухватног (ре)избора судија, тим пре што евентуална намера да се судство ослободи лоших и непоштених судија извршена у овим размерама може личити на политички обрачун владајуће политичке већине са целокупним, по Уставу, неполитичним и независним судством.[62] Не бисмо тај мотив могли назва-

[61] Чл. 3 Уставног закона. Тако су избори за народне посланике у Народну скупштину Републике Србије одржани у јануару 2007, а затим и у мају 2008. године, истовремено са изборима за посланике у Скупштину АП Војводине и са локалним изборима, док су избори за председника Републике Србије одржани у јануару и фе бруару 2008. године.

[62] Венецијанска комисија у Мишљењу бр. 405/2006, 16, наводи да „потреба за поступком реизбора свих судија и тужиоца, како предвиђа Уставни закон, уопште није јасна. Можда је мотивисана жељом да се удаље све судије које су се компроми товале у предходном режиму или које су корумпиране. Венецијанска комисија није у положају да даје оцену да ли такви разлози постоје у односу на велики број судија. Свеобухватан и брз поступак поновног избора свакако да ће бити веома тежак и не постоје гаранције да ће се на крају и изабрати боље судија и тужиоци. Стога, може се изразити сумња да ли је одлука да се спроведе овакав поступак била мудра“.

ти ни „нагоном за правдом“[63] као духом и темељом уставности, јер његова материјализација у поступку судске реформе има исувише неправилности.

Намере утврђене још у Националној стратегији реформе правосуђа,[64] сведене на опште изразе као што су: независност, транспарентност, одговорност и ефикасност, поткрепљене изјавама носилаца реформе,[65] још у самом почетку, показало се, слутиле су на нешто друго. Тако је уместо личне одговорности судије за свој рад, утврђене у правичном, двостепеном поступку са јасним критеријумима за евентуално разрешење, ова реформа од почетка личила на покушај утврђивања колективне одговорности судства као таквог.

По доношењу Устава од 2006. године, Уставни закон и група правосудних закона из 2008. године,[66] у подухвату реконструкције судске власти „славодобитно од стране својих носилаца названом реформа судства“, установљавају судску власт „на противуставан начин, чак у толиком степену да компромитује уставну дефиницију Србије као државе“.[67] Овако оштру оцену реформе судства Ратко Марковић је детаљно и јасно образложио уставноправном логиком и поткрепио снагом чињеница. Напомињући да сталност судијске функције штити сама чињеница уставног континуитета и идентичне формулације у уставима од 1990. и од 2006. године, што су уставноправни разлози одбране својства сталности судијске функције, Марковић овоме додаје и теоријскоправне разлоге изнете од стране нашег вели-

[63] A. Denning, *The Changing Law*, London, 1953, 8 9.

[64] Усвојена од стране Народне скупштине Републике Србије 25. маја 2006. године, *Службени гласник РС*, бр. 44/06.

[65] С. Маловић, министар правде: „Једино на овај начин, уз истовремено спровођење реформе на сва три поља (организациона структура нова правосуд на мрежа, персоналне промене и ново законодавство, *прим. С.О.*), могуће је доћи до успостављања и јачања транспарентног, независног и ефикасног судства“, Н. Месаровић, председник Високог савета судства: „Реформа правосуђа у Србији се не спроводи у циљу персоналних промена већ у циљу стварања ефикасног, неза висног и непристрасног судства“, нав. према *http://www.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/predstavljen projekat podrske reformi pravosudja u srbiji u skladu sa standardima saveta evrope 9. februar 2010. godine.html*, 21. јул 2010. године. Б. Ристић, председ ник Одбора за правосуђе и управу Народне скупштине: „Шта нас је натерало на реформу у правосуђу? То што је било пуно корумпираних судија и тужилаца и што су били повезани са адвокатуром, који су били делови мафије. Зато што су предуго трајали поступци и зато што су имали доста нестручних људи“, нав. према *http://wap.b92.net/info/emisije/utisak nedelje.php?yyyy 2010&mm 04&nav id 432596*, 21. јул 2010. године.

[66] Закон о судијама, Закон о Високом савету судства, Закон о јавном тужила штву, Закон о Државном већу тужилаца, Закон о уређењу судова и Закон о седишти ма и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 116/08.

[67] Р. Марковић, „Судство Ахилова пета државе Србије“, *Печат* 111/2010а, Београд, 7.

ког правника Живојина М. Перића, још крајем XIX века. Сталност („инамовибилитет“) је унутрашње својство судијске функције без којег независност судова остаје само празна реч. Сталност судијске функције важи чак и кад није у уставу утврђена, јер има снагу морално-политичког принципа који не треба запоставити ни при самим променама устава. Судска реорганизација не сме ни за тренутак ништити начело сталности, поготово када је судска реорганизација препуштена законодавцу који, под изговором реорганизације, мења судски персонал. А управо је ово учињено, чиме је, очигледно, прекршен Устав.[68]

У вези с напред изнетим, поменутим правосудним законима и Уставним законом (ако се његова одредба о избору судија тумачи тако да се односи на све судије), као и актима донетим током судске реформе, не крши се само чл. 146 Устава који судијску функцију дефинише као сталну, већ и друге уставне норме. Ако је начело сталности судијске функције (с начелом непреместивости судије) „основно начело независности судства“,[69] кршењем уставне норме о судијској сталности, крши се и одредба чл. 4 Устава која гласи: „Судска власт је независна“. Ово је једно од основних начела Устава, фундамент државе и као такво неприкосновено. Само напомене ради, судска реформа, али и Закон о судијама, је у колизији и са неким одредбама Устава из материје основних људских права и слобода, као и неким члановима који се тичу уређења власти.[70]

Иако нисмо могли да нађемо праве, правне или неправне, мотиве за општи реизбор свих судија и очигледно кршење начела сталности судијске функције – а „правни“ мотиви не могу ни постојати

---

[68] Р. Марковић (2010a), 9. Вид. Ж. М. Перић, *О судској независности*, Београд, 1899, 18 20.

[69] Декларација од 14. новембра 2008. Консултативног већа европских судија (*Consultative Council of European Judges CCJE*). CCJE је консултативно тело Комитета министара Савета Европе, основано 2001. с циљем очувања независности судства као неопходног услова у обезбеђењу владавине права. Чине га судије свих држава чланица Савета Европе, *http://www.antikorupcija savet.gov.rs/admin/download/files/D%20E%20K%20L%20A%20R%20A%20C%20I%20J%20A%20CCJE.doc?id 2572*, 17. јул 2010. године.

[70] Поступак судске реформе и органи који га проводе у колизији је и са другим члановима Устава: чл. 32, ст. 1 (право свакога да се правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама), чл. 36 (право свакога на правни лек када се одлучује о његовом праву, обавези или законитом интересу), чл. 60, ст. 4 (право свакога на правну заштиту за случај престанка радног односа), чл. 144, ст. 1 (поступак избора председника Врховног касационог суда са којим је Закон о судијама у нескладу), чл. 150, ст. 2 (премештање или упућивање судије у други суд), чл. 153, ст. 2 (број чланова Високог савета судства). Вид. Р. Марковић (2010a), 10 11; Р. Марковић, „Судство Ахилова пета државе Србије“, *Печат* 112/2010б, Београд, 27 28.

мимо Устава – можда ће састав органа који је извео овај још увек недовршени реизбор судија осветлити сталност судијске функције из неког другог угла. Високи савет судства има, по Уставу, 11 чланова. У пракси, Савет је све до скоро имао 10 чланова (до јула 2010. године, када је изабран једанаести члан, професор правног факултета). Одмах се намеће питање да ли је Високи савет судства, који је започео и проводио поновни избор свих судија, тај Уставом описан орган, с обзиром да није имао предвиђен број чланова?

Ко су чланови овог органа? Високи савет судства је по уставној дефиницији самосталан и независан државни орган, а по природи, рекло би се, орган судске гране власти, имајући у виду његов састав и надлежности. Састав Савета чине већином судије, њих шесторо, и седми, председник Врховног касационог суда, који је уједно председник Савета по положају, што би навело на помисао да је глас судства у том органу преовлађујући. Али, ако се узме у обзир да је Народна скупштина та која бира чланове Савета из реда судија, а она бира и председника Врховног касационог суда, и још два члана по положају, министра надлежног за правосуђе и председника одбора за правосуђе, као и два преостала изборна члана, адвоката и професора правног факултета, онда се закључује да је већина у политичком телу, Скупштини, та која коначно утиче на састав Савета.[71]

С обзиром на то да се састав Високог савета судства формира од стране Народне скупштине коју чине народни посланици, који су заправо политичари, да ли је онда политичко тело, Скупштина, бар посредно задужено за „обезбеђивање и гаранцију независности и самосталности судова и судија“?[72] Ово се никако не уклапа у

[71] Поставља се питање оправданости чланства адвоката, као припадника „независне и самосталне професионалне (лукративне, *прим. С.О.*) делатности“ (чл. 1 Закона о адвокатури, *Службени лист СРЈ*, бр. 24/98, 26/98, 11/02) у државном органу који је, шире посматрано, део судске власти и бави се претежно избором судија. Ако ту не видимо правну логику, не налазимо ни аналогију у чланству судије у телима струковне организације, као што је, на пример, адвокатска комора, рецимо у њеној скупштини или управном одбору. На овај начин Устав је изричито прописао да носиоци лукративне делатности, адвокати, који се баве пружањем правне помоћи за награду, поред политичких функција у министарству правде, скупштинском одбору за правосуђе и другим политичким телима, што је политички избор и као такав данас није споран, буду носиоци функције у органу који „гарантује независност и самосталност судова и судија“, Високом савету судства. Уколико је, пак, намера била да се Савет још више правно ојача, онда не видимо разлог за дискриминацију других „истакнутих и угледних“ правника са положеним правосудним испитом који, ако нису адвокати, не могу бити чланови овог органа. Како не припадамо правној традицији земаља где се судије именују из реда адвоката (Енглеска, из реда баристера), остаје неодговорено питање због чега је Устав истакао звање адвоката.

[72] Чл. 153 Устава од 2006. године. „Већина у парламенту не руководи се свагда интересима државе, већ интересима странке којој припада“, давно је приметио Ж. М. Перић, 20. Посебно је критикован први састав Високог савета судства

уставна начела поделе власти и независности судске власти, јер нема гаранције да је „глас судства“ у овом органу и најгласнији. Отуда Савету ни уставно начело сталности судијске функције не мора изгледати толико неприкосновено, већ доступно, па чак у једном периоду занемарљиво, бар кад су овако „темељне и свеобухватне реформе“ у питању. У ком делу ће овај поступак судске реформе и општег реизбора судија бити преиспитан, како су његови носиоци „замољени“ од стране званичника Европске уније јер је „показао значајне недостатке у погледу састава и независности Високог савета судства и Државног већа тужилаца, примене објективних критеријума, као и транспарентности и поузданости целокупног процеса“,[73] остаје да се види. До тада, начело сталности судијске функције је тек нêма реч у Уставу.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Услови који морају бити испуњени да би у једној држави владало право има много. Од свих њих издваја се сталност судијске функције, која је од највишег значаја за независност судства. Ако судство није независно, не може се говорити о демократској подели власти. Без поделе власти нема контроле носилаца државних функција – не зна се ко кога контролише и шта се контролише. Ако је власт неконтролисана, нема правне државе у којој грађани уживају своја људска права и слободе, а међу првима право на слободан и праведан суд. И тако у круг. Ово говори о широком значају једног уставног постулата или правног стандарда – начелу сталности судијске функције, у оквиру комплексног појма независног судства.

И компаративно и у Србији сталност судијске функције је постепено израњала заједно са заокруживањем државних функција и слагањем државних послова, постајући препознатљиво својство само судске гране власти. Остали носиоци највише власти, законодавство и извршна власт су смењиви и, штавише, у демократској држави је неопходно да им се у изборном циклусу провери легитимитет, народно поверење. Судијама је, напротив, потребан временски континуитет и сигурност мандата да би се квалитетно и објективно судило, а они ће таквим суђењем стицати и легитимитет. Квалитетан и објективан рад није достижан судија без сталности њихове функције,

и његов начин рада, вид. Р. Марковић (2010а), 10 11; Р Марковић, (2010б), 26 27; Д. Антонић, „Операција 700“: Како је извршена највећа чистка у историји српског правосуђа, *http://www.nspm.rs/politicki zivot/operacija 700 kako je izvrsena najveca cistka u istoriji srpskog pravosudja.html,* 22. јул 2010; В. Ракић Водинелић, нав. дело.

[73] *Писмо* председника Европске комисије, Хосе Мануела Бароза (*Barroso*) од 27. априла 2010, *http://www.uts.org.rs/images/pismo.barroso.pdf,* 20. јул 2010.

а још ако је та сталност зајемчена у највишем правном акту, уставу, онда је са правне стране учињено све да судија суди по својој савести уживајући сигурност положаја.

Сталношћу судијског положаја и другим захтевима као што су: имунитет, материјална сигурност, непокретност (непреместивост), судија стиче услове да постане заштитник права, а то значи заштитник свих, сваког човека. Тек с таквим судијом може се тврдити да уставна норма о једнакости свих пред законом – и просечног и моћног појединца, и сиромашног и богатог, и непрофитног удружења и големе корпорације, и невладиног домена и државе, и опозиције и власти – има смисла. У супротном, нема демократије, а наша имовина, посао, деца, слобода, све до живота, постаће лак плен људи са новцем и везама.[74]

Сталност судијске функције као уставна брана независног судства срушено је у Србији актуелном реформом судства. Лустрирањем (одстрањивањем) свих судија након доношења новог Устава уставном еволуцијом, па поновним избором једног броја њих, помешана је правна снага правних аката и направљен правни неред. Тако је закон постао виши од Устава, а Уставни закон, протумачен силом закона, такође метнут на надуставни ниво. У држави где се закон претпоставља Уставу не влада право, већ актуелна власт. Ту од правне државе, и за појединце најбитније – заштите људских права и слобода, нема ништа. Отуда начело сталности судијске функције, иако практично загашено, остајући у Уставу, и све док је ту, прети овако провођеној судској реформи. Прети упозоравајући на оно на шта једино може – на неуставност.

Dr. Slobodan Orlović

Assistant Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

GENERAL REAPPOINTMENT OF JUDGES IN SERBIA VS. PERMANENT TENURE OF JUDICAL OFFICE

Summary

Permanent tenure of judical office is one of prerequisites of the independent judiciary and of the rule of law principle. It is embodied in Serbian Constitution of 2006. The author questions constitutionality of

[74] Д. Антонић, нав. дело.

the ongoing reform of judiciary in the Republic of Serbia, and claims that the manner in which the reform is being implemented violates the very principle of permanency of judicial function.

Key words: *Permanent tenure of judical office. – Judicial power. – Judicial reform. – Constitutionality.*

УДК 347.643

Урош Новаковић, мастер права

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
uros.novakovic@ius.bg.ac.rs

СТАРАТЕЉСТВО ЗА ПОСЕБНЕ СЛУЧАЈЕВЕ*

Облици старатељства за посебне случајеве у Породичном закону Србије формулисани су као случајеви привременог старатељства. Привремено старатељство има за циљ привремену заштиту права и интереса одређених лица. Разликују се случајеви када орган старатељства има дужност да лицу постави привременог старатеља и случајеви када он може да постави привременог старатеља. Аутор у раду анализира случајеве обавезног законског привременог старатељства, са освртом на решења иностраних законодавстава, где постоји широк спектар решења о надлежности државних органа за, како редовне, тако и специјалне облике старатељства.

Колизијско старатељство централни је облик обавезног привременог старатељства. То се потврђује и кроз праксу Центара за социјални рад, где уочавамо да је најчешћи облик привременог старатељства управо колизијско старатељство, док се старатељство над имовином непознатог сопственика и над одсутим лицем јављају нешто ређе. Вољно старатељство и старатељство над страним држављанима срећу се врло ретко у пракси. Чест пример за дискреционо привремено старатељство јесте и оно које се одређује у поступку лишења пословне способности.

Привремено старатељство, следствено свом карактеру, може престати извршењем конкретног посла ради кога је и одређено, али може и прерасти у „пуно" старатељство, односно да се привремена старатељска заштита претвори у сталну заштиту. Вољно старатељство по многим особинама слично је заступништву те може бити стављено под знак питања као облик старатељске заштите, с обзиром да је реч о штићенику као пословно способном лицу, који упркос пуном пословном капацитету захтева постављање старатеља.

Аутор закључује рад анализом разлике обима заштите између привременог старатељства и привременог заступништва, напомињући значај и не

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)".

опходност сарадње Центра за социјални рад, суда и других државних органа у обављању, како редовне, тако и посебне старатељске заштите.

Кључне речи: *Старатељ над одсутним лицем. Колизијски старатељ. Старатељ над имовином непознатог сопственика. Старатељ над страним држављанином. Вољни старатељ.*

1. УВОД

Старатељство над лицима лишеним пословне способности и старатељство над малолетним лицима два су основна облика старатељства.[1] Иако мање присутно, како у правној теорији, тако и у правној пракси, трећи облик старатељства – привремено старатељство, завређује да му се посвети (дужна) пажња, поготово с обзиром на то да је овај облик старатељства, у односу на два основна облика старатељства, код нас мање проучаван. Како сам назив сведочи, ово су случајеви старатељства код кога, услед одређених чињеница, постоје разлози за одређивање посебне старатељске заштите. Посебност се односи на временску компоненту, односно привременост старатељске заштите. У овим случајевима старатељ нема обавезе према личности штићеника, што је његова основна улога код редовних облика старатељства, да што пре, ако је могуће, поврати штићенику самостални правни капацитет. Код привременог старатељства старатељ предузима један или неколико правних аката везаних само за случај ради кога је и постављен.

У нашем Породичном закону посебни случајеви старатељства формулисани су као случајеви привременог старатељства.[2] Државни орган који је задужен за послове старатељске заштите јесте ор-

[1] Одмах ваља истаћи нека терминолошка разграничења: у породичноправној теорији, за лице које непосредно обавља старатељску функцију, у употреби терми ни старатељ или старалац, тако М. Младеновић, *Породично право*, Београд 1995, 425. На страни лица које се ставља под старатељство јединствено је прихваћен тер мин штићеник. Породични закон Србије из 2005. године користи термине старатељ и штићеник. Наше право, за разлику од неких страних права (немачко, француско, аустријско) која познају куратора, чија садржина одговара нашем појму старатеља за посебне случајеве, и тутора који се стара над малолетним штићеницима и лицима лишеним пословне способности, познаје само појам стараоца (старатеља). У нашем правном систему појам старатељства обухвата све облике заштите (све три врсте старатељства) и има исту теоријску концепцију. У француском праву старатељство је само један облик заштите, те постоје старатељство (*la tutulle*), кураторство (*la cura telle*), водитељ послова (*gerance*), законско управљање (*administration legale*) и правна заштита (*la sauvegarde de justice*). Више о томе Н. Хлача, „Старатељство у Француској развој института“, *Зборник Правног факултета у Ријеци* 7/1986, 29 44.

[2] За разлику од Породичног закона Србије, Породични закони Црне Горе, Републике Српске, Македоније, БиХ и Хрватске ову врсту старатељства именују као старатељство за посебне случајеве.

ган старатељства,[3] односно Центар за социјални рад.[4] У упоредном праву до пре двадесетак година постојала су различита решења о организацији органа старатељства, те су се издвајала три система: породични, судски[5] и управни.[6] Породични систем карактеристичан је за Француску и Шпанију, судски за Немачку, Холандију и Италију, а административни за Швајцарску.[7] У новије време, углавном се старатељска заштита врши путем судске или управне функције, док је породична заштита присутна у мањем обиму (на пример, у француском праву – *conseil de famille*).[8]

У раду органа старатељства (Центра за социјални рад), приметно је да се под привременим старатељством најчешће подразумева привремено старатељство у редовним случајевима (над лицима лишеним пословне способности), односно привремено старатељство код могућег привременог старатеља,[9] док случајеви обавезног привременог старатељства нису често присутни у пракси овог органа.

2. ПРИВРЕМЕНО СТАРАТЕЉСТВО

Према одредбама важећег Породичног закона разликује се обавезно и дискреционо привремено старатељство. Орган старатељства

---

[3] Више о органу старатељства у нашем старијем праву вид. М. Беговић, „О органу старатељства“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1954, 182 185; М. Ступар, „Орган старатељства“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1953, 56 63.

[4] Занимљиво је да се у Немачкој у 2003. години државни орган као старатељ (код нас је то орган старатељства) појављује у свега 0,9% случајева од укупног броја старатељстава. Тако, 2003. године у Немачкој било је 144.095 (64%) чланова породице као старатеља, 14.665 (6,5%) волонтера као старатеља, 50.883 професионалних старатеља (укључујући и 7301 адвоката), 13.530 (6%) адвоката невладиних организација као старатеља. У Немачкој, према овим подацима, расте број професионалних приватних старатеља, вид. Извештај о реформи старатељског права у Немачкој, *http://www.Fortbildungehrenamflicherbetreuer.eu/Docs/presentation deutschland baden 1.doc*, 27. мај 2010.

[5] Вид. М. Јањић Комар, „Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1984, 869 893; М. Алинчић, „Сурадња органа старатељства и суда у примени чл. 65 ст. 2 и 5 Основног закона о браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 5 6/1974, 553 565.

[6] М. Обретковић, *Функције органа старатељства у породичноправној заштити деце*, Београд 1986, 32.

[7] М. Поповић, *Старатељство над малолетницима*, Београд 1965, 144.

[8] Установа *conseil de famille* има свој корен у старом германском праву, где је постојао обичај да чланови породице врше туторство над малолетним чланом који је остао без очинске власти. Више о томе Л. Марковић, *Породично право*, Београд 1920, 238.

[9] О разликовању могућег и обавезног привременог старатеља С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 542 543.

има могућност да процени да ли постоји потреба да се постави старатељ. Он то овлашћење има према штићенику, према детету које се налази под родитељским старањем или према пословно способном лицу, ако процени да је то непходно ради привремене заштите личности, права или интереса ових лица (чл. 132, ст. 1 Породичног закона Србије).[10] Са друге стране, орган старатељства има дужност да постави старатеља у случајевима прописаним законом (старатељ одсутном лицу, старатељ непознатом сопственику имовине, колизијски старатељ, старатељ страном држављанину, вољни старатељ, старатељ у другим случајевима предвиђеним законом). Хрватско право предвиђа само случајеве обавезног посебног старатељства, док не даје овлашћење органу старатељства да процени постојање потребе за постављањем посебног старатеља. У македонском праву предвиђено је да орган старатељства нема дужност, већ могућност да постави старатеља у случају супротности интереса између родитеља и детета, као и између старатеља и штићеника.[11]

За разлику од неких упоредноправних решења, уочава се да је у нашем праву код старатељства за посебне случајеве предвиђена двострука правна заштита. Постоје два органа надлежна за ову врсту заштите: суд, кроз овлашћење да постави привременог заступника и орган старатељства, постављањем привременог старатеља.[12]

3. ПРИВРЕМЕНО СТАРАТЕЉСТВО ИЗРИЧИТО ПРЕДВИЂЕНО ПОРОДИЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

3.1. Старатељ над одсутним лицем

Историјски поглед указује да су некадашње законске одредбе из XIX века у нашим крајевима познавале старатељство над одсутним лицима.[13] Суштина ове врсте посебног старатељства јесте испуњење

---

[10] Решење Центра за социјални рад Београд   одељење Палилула, бр. 57243 1197/09 од 26.3.2009. године сведочи о постављању посебног старатеља лицу које није лишено пословне способности. У овом случају орган старатељства поставио је за привременог старатеља брата лица умерено ометеног у развоју, у сврху продаје непокретности и куповину друге непокретности.

[11] Чл. 174, ст. 1 Законот на семејството Македоније (даље: ЗСМ), *Службени весник на РМ*, бр. 157/08.

[12] О односу суда и локалних власти, државних органа који у енглеском праву представљају старатеље интереса штићеника, вид. K. Standley, *Cases and materials on Family Law*, London 1997, 386.

[13] Постављање старатеља одсутним лицима познато је било и у римском праву (*cura absentis*). Српски грађански законик у Закону о старатељству (чл. 150) предвиђа да се „одсуствујућем“ поставља старатељ ако дође до разлога услед којих би дошло до опозива или поништења пуномоћства. Општи имовински законик за

одређених услова потребних за његово настајање, одређење појма одсутности и уједно разграничење овог појма са сродним појмом несталости. Према актуелном Породичном закону Републике Србије, предвиђено је да се привремени старатељ поставља лицу чије је боравиште непознато, а оно нема законског заступника или пуномоћника.[14] Тако се, поред одсутности, захтева да то лице чије је боравиште непознато нема законског заступника, односно да није одредило пуномоћника, а постављање старатеља је потребно ради заштите неког права или интереса одсутног лица.[15]

Хрватско право дефинише појам одсутног лица помоћу рока, тако што прописује да се посебан старатељ поставља особи којој најмање три месеца није познато боравиште или није доступна, а нема пуномоћника.[16] Немачко право предвиђа да ће се одсутном лицу поставити старатељ и ако је оно одредило пуномоћника, али су се јавиле околности да то пуномоће може бити опозвано.[17] Старатељство над одсутним лицима у немачком праву има искључиво имовински циљ – заштиту имовинских права одсутног.

Брачни друг се не сматра законским заступником другог брачног друга, те се не може закључити да одсутно лице има законског заступника ако је у браку. Наравно, у том случају супружник би могао бити постављен за старатеља, а према слову Породичног закона Србије, предност при постављању старатеља имају супружник, сродник и хранитељ штићеника.[18] У случају да је једно лице одсутно, а налази се у браку и нема пуномоћника, сматра се да нема законског

Црну Гору (даље: ОИЗ) у чл. 665 каже „...када неко ко свог заступника нема оде на дуже време из дома, или је и иначе место његова бављења непознато, а има послова којих вршење чекати не може, суд је властан да му, за неки посао или имовинске послове уопште, наименује старатеља, док одсутни сам натраг не дође, или о вршењу тих послова иначе не одреди заступника". Као што се може приметити, према ОИЗ, старатеља одсутном лицу постављао је суд.

14 Чл. 132, ст. 2 тач. 1 Породичног закона Србије ПЗС, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

15 О томе да се ради искључиво о заштити права и(ли) интереса одсутног лица М. Драшкић, *Породично право*, Београд 2007, 311; С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 539.

16 Чл. 168, ст. 1, тач. 2 Обитељског закона Хрватске ОЗХ, *Народне новине РХ,* бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07. Ово је јединствен случај да се у породичном закону неке од држава које су некада чиниле СФРЈ, прописује рок чијим се протеком једно лице има сматрати одсутним.

17 Чл. 1911, ст. 1 *BGB*.

18 Чл. 126, ст. 2 ПЗС. Тако, у немачком праву су услед најчешћег постављања сродника за старатеља код старијих лица са психофизичким проблемима, од 1992. године основане непрофитне адвокатске организације с циљем проналажења, обуча вања и подршке сродницима који би старатељску функцију вршили бесплатно, вид. „The Reform of the German Guardianship Law", *http://www.fortbildung ehrenamtlicher betreuer.eu/Docs/Presentation%20Deutschland*, 22. мај 2010.

заступника у личности другог супружника, али се супружник може поставити за старатеља. Лични односи супружника обавезан су део (пр)оцене органа старатељства при одређивању старатеља, с обзиром да је могућ престанак заједнице живота (не и заједничког живота који је услед одсутности објективно немогућ). Ради се о претпоставци поремећених односа супружника који нису формализовани (нпр. подношењем тужбе за развод, захтева за поделу заједничке имовине) и самим тим мање познатим органу старатељства.

Одсутност треба разликовати од несталости једног лица.[19] Код одсутности се ради о извесности или вероватноћи да је лице у животу, док се код несталости претпоставља да нестало лице није у животу, те се стога и покреће поступак проглашења умрлим.[20] Дакле, критеријум одређења појмова несталости и одсутности јесте биолошка егзистенција одређеног лица. Ипак, и несталом лицу у поступку проглашења умрлим орган старатељства одређује привременог старатеља, уколико суд у ванпарничном поступку утврди да несталом лицу није постављен старатељ. Након утврђивања ове чињенице, суд ће затражити од органа старатељства да несталом лицу постави привременог старатеља.[21]

Као примери заштите права одсутних наводе се случајеви када је потребно заштитити кућу или пословни простор одсутног од пропадања, када је против одсутног лица покренут извршни поступак ради предаје непокретности,[22] када је против одсутног по-

[19] Тако, према Закону о ванпарничном поступку (чл. 58 63) нестало лице је: 1. лице о чијем животу за последњих 5 година није било никаквих вести, а од чијег је рођења протекло 70 година; 2. лице о чијем животу за последњих 5 година није било никаквих вести, а околности под којима је нестало чине вероватним да више нијеу животу; 3. лице које је нестало у непосредној смртној опасности (бродолом, пожар, поплава), а о чијем животу није било никаквих вести 6 месеци од престанка опасности; 4. лице које је нестало у току рата или у вези са ратним догађањима, а о чијем животу није било никаквих вести годину дана од престанка непријатељстава.

[20] За постављање привременог старатеља лицу за које се води поступак проглашења за умрло пред судом, вид. решење Центра за социјални рад Београд одељење Звездара бр. 57101 1764 од 17.7.2009. године.

[21] Наводимо као значајан изузетак од овог правила, став председника Врховног суда ФНРЈ, изнет још 1948. године, према коме и суд може поставити старатеља. Наиме, у начелу, старатељски органи надлежни су да одреде одсутном лицу старатеља који заступа одсутну особу. Али, ако је потребно извршити какву процесну радњу, чије би одлагање довело до оштећења интереса једне од странака у поступку и ако се не може брзо испословати постављање старатеља, тако да се предстојећа штета избегне суд може за извршење тих појединих неодложних про цесних радњи (осигурање доказа, извршење ради осигурања, саслушање сведока на самрти и сл.) одредити одсутној странци старатеља. Суд мора о томе обавестити старатељски орган а поступак се може завршити само са старатељем кога одреди орган старатељства. О томе B. Eisner, *Porodično pravo*, Zagreb 1950, 222.

[22] Р. Вујовић, „Привремени старатељ“, *Зборник радова Ново породично законодавство*, Крагујевац 2006, 363.

кренут бракоразводни поступак,[23] када треће лице треба да исплати доспеле рате из уговорног односа,[24] када треба закључити уговор о регулисању накнаде за градско грађевинско земљиште,[25] када у име одсутног треба дати отказ уговора о закупу.[26] Истиче се да се старатељ поставља не само када се штите права и интереси одсутног, већ и када је потребно за(штитити) право и интерес трећих лица.[27] Тако, старатељ се поставља када треће лице има интерес да се прода ствар која је у сусвојини,[28] да се подели заједничка имовина ради продаје ствари из заједничке имовине и намирења дуга, када непокретност одсутног може да се сруши и изазове штету суседној непокретности. Као реалну могућност, наводимо да се не само од стране физичких, већ и правних лица и јавних власти (локалне самоуправе, државе), покрене поступак постављања старатеља. На пример, када у случају експропријације треба направити пут, мост или друго јавно добро, а на том месту се налази непокретност или земљиште одсутног лица које нема пуномоћника.

Под одсутним лицем сматра се или лице за које је извесно да је у животу или лице за које се претпоставља да је у животу.[29] У нашем праву није одређено колико треба да траје одсутност једног лица да би му се поставио привремени старатељ.[30] Чест је случај да се суд обраћа Центрима за социјални рад у сврху утврђивања чињенице одсутности. Одсутност подразумева да није познато боравиште односно пребивалиште лица, а пребивалиште је непознато када се не зна где лице живи, непозната му је адреса или се она не може сазнати. Ако је познато да одређена особа живи у једном граду, али се не може утврдити где станује, сматраће се одсутним. Супротно, старатељ се не

---

23 М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд 1999, 292.

24 *Ibid.*

25 Решење Градског центра за социјални рад Београд, одељење Палилула 57439 7134/09 од 14.02.2009. године. Центру за социјални рад обратио се брат, влас ник 5/6 непокретности, са захтевом да се његовој сестри, власнику 1/6 непокрет ности, чије је пребивалиште непознато, одреди привремени старатељ. Подносилац је захтевао одређивање привременог старатеља који ће у име његове сестре са при ватним инвеститором закључити уговор о заједничкој изградњи пословно стамбеног простора на земљишту чији су власници подносилац захтева и његова сестра.

26 Д. Јаковац, *Старатељство за посебне случајеве у југословенском праву*, Београд 1990, 53.

27 Тако М. Младеновић, 461; М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, 291; Љ. Ђуровић, *Породично право*, Београд 1994, 222; Р. Вујовић, 363.

28 B. Eisner, 220.

29 В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд 1982, 362.

30 Истичемо као позитивно решење Обитељског закона Хрватске по коме се у чл. 168, ст. 1, тач. 2 одсутним лицем сматра оно коме је најмање три месеца непо знато боравиште или није доступна.

постављa ако се боравиште може сазнати и лице се може обавестити о потреби предузимања одређене правне радње.

Немачки грађански законик предвиђа да се старатељ поставља и ако једно лице не испуњава услов одсутности, тј. познато му је боравиште, али је спречено да се брине о својим правима. У немачком праву такође није одређен протек периода након кога ће се неко лице сматрати одсутним. Породични закон Србије такође не одређује тај период. Иако ни Закон о браку и породичним односима није одредио дужину трајања одсутности, у нашој теорији су о овоме постојали супротни ставови: да се одсутним сматра лице чије је боравиште непознато више од шест месеци,[31] као и да је закон препустио органу старатељства да у сваком конкретном случају оцени тренутак потребе постављања старатеља.[32]

Пошто је полиција тај орган који по захтеву суда или органа старатељства треба да утврди чињеницу непознатог пребивалишта, неопходно је да након утврђења те чињенице, полиција обавести суд или орган старатељства ради постављања старатеља. Осим органа старатељства, старатеља може поставити и суд, али је суд дужан да о томе обавести орган старатељства који према таквом штићенику има иста овлашћења као када га је он поставио. [33]

Обим овлашћења старатеља код одсутног лица одређен је одлуком органа старатељства у зависности од околности конкетних прилика. Стога се старатељ мора кретати у оквиру овог овлашћења и не сме закључивати правни посао за који му није дато одобрење органа старатељства.[34]

Код старатељства над одсутним лицем може се поставити питање пуноважности истог правног посла који су закључили и старатељ и штићеник док је био одсутан. У том случају, примењује се опште правило грађанског права *prior tempore potior iure*, односно пуноважан је онај правни посао који је раније закључен.

Најзад, старатељство над одсутним лицем престаје: 1. када старатељ обави посао за који је постављен; 2. када се одсутно лице врати; 3. када одсутно лице одреди пуномоћника; 4. када се сазна пребивалиште одсутног лица; 5. када умре одсутно лице;[35] 6. када

[31] М. Младеновић, 461.

[32] Љ. Ђуровић*,* 222.

[33] Вид. чл. 210 Закона о наслеђивању Србије.

[34] Старалац који није овлашћен да отуђи имовину свог штићеника, нема овлашћења ни за признање тужбеног захтева, па се пресуда донесена на основу признања у таквом случају има сматрати противном одредбама закона о парничном поступку, *Збирка судских одлука*, књига XVI, свеска трећа, 1971, одлука бр. 373, Београд 1971, 145.

[35] У немачком праву, у случају смрти одсутног лица, старатељство не престаје одмах већ када старатељски суд донесе одлуку о престанку. Ако одсутно

престане потреба за старатељством (иако није обављен посао). Самим чином повратка одсутног лица старатељство не престаје, већ је потребно да старатељ обавести одсутног о томе да му је постављен за старатеља.

3.2. Старатељ над имовином непознатог сопственика

За разлику од старатељства над одсутним лицем, код кога је познато само лице које је субјект заштите, али је непознато његово боравиште, код овог облика старатељства ради се о лицу које није познато, о коме нема података. Још једна разлика ова два облика старатељства огледа се у томе да се код старатељства над имовином непознатог сопственика ради о непосредној заштити имовине, док се код старатељства над одсутним лицем штити сама личност одсутнога, а посредно и његова имовинска права. Ипак, ваља имати на уму да се и код одсутног лица, иако је реч о заштити самог штићеника, старатељ поставља ради неких имовинских права и интереса, било одсутног или трећих лица.

Корен старатељства над имовином непознатог сопственика налази се у римском праву у институту лежеће заоставштине, *hereditas iacens*.[36] Реч је, заправо, о имовини оставиоца од тренутка његове смрти до прихватања наследства. Овај случај предвиђа и наше наследно законодавство. Наиме, ако није познато да ли одређена имовина има наследника или је непознато пребивалиште или боравиште наследника, суд поставља привременог старатеља заоставштине.[37] Као што видимо, овде старатеља не поставља орган старатељства,

лице у поступку проглашења несталог лица умрлим буде проглашено умрлим, ова врста посебног старатељства престаје када решење буде донето. Такође, овај облик старатељства престаје када одсутно лице више није спречено да штити своја имо винска права. Вид. чл. 1921 *BGB*.

[36] Овај институт се провлачио и кроз наша ранија законодавства. ОИЗ за Црну Гору регулисао у чл. 671 питање управљања имањем за које се, након смрти власника, не зна коме ће припасти. Српски грађански законик је предвиђао у чл. 161 Закона о старатељству, случај старатељства над имовином непознатог сопстве ника: „...ако је наследник непознат, онда се мора зарад одржања посмртног имања до одређења наследника поставити старатељ имања“. О истом случају говоре и Закон о старатељству из 1947. године и Основни закон о старатељству из 1965. године.

[37] За одређивање привременог старатеља заоставштине вид. решење Цен тра за социјални рад Београд, одељење Палилула 57284 223/08 од 22.7.2008. годи не. Наиме, Први општински суд у Београду обратио се Центру за социјални рад са захтевом за постављање привременог старатеља заоставштине, услед потребе да се о непокретности (стану) која је предмет оставинског поступка стара посебни старатељ. Као једини законски наследник јавља се ћерка оставиоца чија је адреса непозната. За привременог старатеља, орган старатељства поставио је лице које се непосредно старало о непокретности, плаћало порез, рачуне за комуналне трошкове и електричну енергију.

већ суд, што је и логично, обзиром на то да се подела имовине за случај смрти врши пред оставинским судом. Суд обавештава орган старатељства о постављању старатеља, а орган старатељства може одлучити да постави другог старатеља. Суд има овлашћење да постави привременог старатеља заоставштине на захтев оставиочевих поверилаца, испорукопримаца или корисника налога.[38] Привремени старатељ овлашћен је да заступа наследнике, да тужи и буде тужен, да наплаћује потраживања и исплаћује дугове.[39]

У овом контексту је потребно направити разлику између старатеља заоставштине и старатеља једног или више наследника чије је пребивалиште или боравиште непознато. У првом случају ради се о старатељу заоставштине, чија је основна дужност старање о имовини (заоставштини), да се постојећа заоставштина штити, да не дође до умањења независно у односу на личност наследника.[40] Старатељ наследника непознатог боравишта, *a contrario*, стара се о имовинским интересима наследника који су у овом случају познати. Он то чини и на штету и против интереса других наследника. Ово је важно разграничење терминолошки сличних, али појмовно супротних случајева привременог старатељства, о чему се некада не води довољно рачуна.

Да би се ближе разјаснио овај облик старатељства, потребно је навести која је то имовина, поред лежеће заоставштине, чији је власник непознат. Као примери наводе се случајеви када власник изгуби поједине предмете из своје имовине, најчешће покретне ствари – торбе, новац, када се пронађе аутомобил без регистарских ознака,[41] али и када се пронађе изгубљена животиња или изгубљена стока на селу која је залутала са пашњака.[42] У оваквим случајевима орган старатељства поставиће старатеља који ће водити рачуна о тој имовини док се власник не појави. Надлежан је орган старатељства у месту где је имовина пронађена. За разлику од Породичног закона, Закон о браку и породичним односима изричито је условљавао постављање старатеља постојањем потребе старања о имовини непознатог сопственика.[43]

---

[38] Чл. 210 Закона о наслеђивању Србије ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003.

[39] Вид. чл. 211 ЗОН.

[40] О старатељу заоставштине вид. Б. Благојевић, О. Антић, *Наследно право*, Београд 1991, 446.

[41] Љ. Ђуровић, 222.

[42] М. Младеновић, 462.

[43] Вид. чл. 281, ст. 1 Закона о браку и породичним односима Србије ЗБПОС, *Службени гласник СР Србије*, бр. 22/80, 24/84 11/88, *Службени гласник РС*, бр. 22/93, 25/93, 35/94, 29/01.

Основна дужност старатеља јесте очување и одржавање предметне имовине, који може уз одобрење органа старатељства део или целину те имовине продати путем јавне продаје, а новац депоновати на чување.[44] Сматрамо да ће то бити случај и ако су у питању ствари подложне квару или ако би чување ствари изазивало велике тешкоће за старатеља. Слично предвиђа и немачко право: старатељ се поставља у сврху управљања стварима које су привремено сакупљене с циљем продаје, када лица која су одређена да се о тим стварима старају нису у могућности да то чине.[45]

Када се непознати власник имовине појави, старатељ је дужан предати му ствари које чине имовину. Старатељу припада право накнаде трошкова, а орган старатељства врши процену у погледу оправданости и целисходности трошкова. Старатељу, евентуално, припада и право на награду, ако је својим деловањем допринео увећању вредности ствари (на пример, продао је одређену ствар, добијени новац положио у банку и тако стекао камату за власника, улагањем у акције и обвезнице допринео је увећењу новчане масе, извршио је адаптацију стана и издао стан у закуп).

3.3. Колизијски старатељ

Колизијски старатељ поставља се у случајевима када постоји супротност интереса између детета и његовог законског заступника (родитеља, усвојитеља, старатеља).[46] Колизијски старатељ поставља се и када дође до сукоба интереса између више малолетника који имају истог законског заступника (међу рођеном браћом или сестрама, између усвојеника, између штићеника и биолошког детета старатеља, између усвојеника и биолошког детета усвојиоца).[47] Укратко, ако би услед неке околности било неспојиво да лице које малолетника редовно заступа то чини и у конкретном случају, малолетнику ће бити постављен старатељ само за тај конкретан поступак о коме је реч.[48] Разлог за постојање колизијског старатеља огледа се у

---

[44] М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, 292.

[45] Чл. 1914 *BGB*.

[46] Чл. 4 Европске конвенције о остваривању дечијих права прописује да дете има право да лично или посредством других лица или тела, тражи постављање специјалног заступника у поступку који га се тиче, када, према одредбама националног права, носиоци родитељске одговорности, услед конфликта интереса не могу да заступају дете.

[47] Занимљиво је да се у англосаксонској литератури наводи да би за родитеље муслиманске вероисповести специјално старатељство било прихватљиво решење уместо усвојења, вид. J. Herring, *Family Law*, Oxford 2007, 661.

[48] Овак облик старатељства био је познат и у Српском грађанском законику, а Закон о старатељству у чл. 158 каже: „Малолетном детету, које под очинском влашћу стоји, поставиће се старатељ имања, ако би се интереси детињи са интересима оче

немогућности да исто лице (законски заступник) у једном поступку буде и тужилац и тужени, да буде у исто време и поверилац и дужник. Стога, без обзира што је реч о родитељу, усвојитељу, старатељу као заступнику детета, у том конкретном правном послу или судском спору детету се поставља *ad hoc* старатељ – колизијски старатељ.

Двострука заштита предвиђена је поводом захтева детета за одређивањем другог, новог законског заступника. Поред наведеног случаја када орган старатељства поставља колизијског старатеља, Породични закон овлашћује дете старије од 10 година способно за расуђивање да само или преко другог лица или установе поднесе предлог за покретање поступка за одређивање колизијског старатеља. Сличну могућност, попут колизијског старатеља, сасвим оправдано, закон оставља детету (или другом лицу и установи на предлог детета) – да од суда у току поступка захтева постављање привременог заступника. Такође је, као и код захтева за постављањем колизијског старатеља, потребна старост детета изнад 10 година и способност за расуђивање. С друге стране, суд *ex officio* поставља привременог заступника када се покаже да дете није заступано на правилан начин или када утврди да постоји супротност интереса између детета и законских заступника. Ова дужност суда је изузетно важна, посебно ако се има у виду да није чест случај да деца од 10 година, или незнатно старија, самостално подносе захтев за одређивање колизијског старатеља.[49] Претпоставимо ситуацију да у току одређеног судског поступка родитељ заступа дете на неодговарајући начин. Орган који треба да услед неадекватног заступања детета непосредно реагује постављањем привременог заступника јесте управо суд.[50] Након постављања привременог заступника суд је дужан да обавести орган старатељства који, ако је потребно, поставља колизијског старатеља.

Као нарочито важне примере постављања колизијског старатеља, посебно имамо у виду оне врсте поступака у којима се као тужена страна појављује један родитељ, а дете заступа други родитељ.[51]

вим сукобљавали, или ако би отац са имањем таква наређења хтео да учини, за која он по закону сам не би властан био; исто тако ако би детету имање какво припало, где би отац од управе морао бити искључен, као и кад би отац оспоравао детету да је законито", И. Петковић, *Грађански законик за Краљевину Србију са одлукама Касационог суда у Београду*, Београд 1939, 106. Слично предвиђа и ОИЗ за Црну Гору у чл. 672.

49 Поводом дужности колизијског старатеља и привременог заступника вид. чл. 267 ПЗС.

50 Вид. Д. Палачковић, „Поступак у спору за заштиту права детета", *Зборник радова Ново породично законодавство,* Крагујевац 2006, 531 546.

51 Сматрамо да тако треба поступати када је реч о споровима око порекла детета, лишења родитељског права, парницама за давање издржавања, за заштиту од

Када је реч о постављању старатеља малолетницима који имају супротне интересе, а истог законског заступника, према владајућем ставу присутном у теорији,[52] према Породичном закону Србије,[53] као и према ЗБПОС,[54] сваком од малолетника поставља се старатељ за тај конкретан поступак. То је очигледно стога што, на пример, родитељ чија су два детета у спорном односу, не може једно дете заступати, а другом детету бити постављен као колизијски старатељ. Исто важи и за старатеља више штићеника и за усвојитеља и усвојену децу. Да се сваком од малолетника поставља понаособ старатељ предвиђају и породични закони Републике Српске, Црне Горе, БиХ и Македоније.[55] Породични закон Хрватске у случајевима колизијског старатељства има особеност изричитог регулисања. Према овом закону посебни старатељ поставља се детету у поступку оспоравања мајчинства и очинства, у поступку одузимања права родитељу да живи са дететом и одгаја га ако родитељ у већој мери занемарује подизање и васпитање детета или постоји опасност за подизање детета, у поступку поверавања детета са поремећајем у понашању социјалној установи ако родитељи нису у могућности исправно одгајати дете и у поступку лишења родитељског права.[56] Супротност интереса детета и његовог законског заступника очигледна је у поступку лишења родитељског права. У случају злостављања или занемаривања детета од стране родитеља, интерес детета је да родитељи буду лишени родитељског права, односно да дете најпре буде изопштено из средине у којој му је угрожен нормалан развој, а да затим добије смештај у (породичној) средини у којој ће бити омогућени услови за нормалан развој детета. Стога је у току поступка лишења родитељског права детету неопходно поставити старатеља. Орган старатељства поставља привременог старатеља у поступку делимичног лишења родитељског права оба родитеља услед поремећаја у понашању детета.[57]

Иако наведени закони, осим Породичног закона Хрватске, не садрже изричите одредбе о постављању старатеља у поступку лишења родитељског права, с обзиром да се поступак лишења родитељског права покреће тужбом, орган старатељства има дужност да постави

насиља у породици, поступку у брачном спору, оставинском поступку.

52 B. Eisner, 220; Љ. Ђуровић, 222.

53 Члан 132, ст. 2, тач. 3 ПЗС.

54 Чл. 282, ст. 3. ЗБПОС.

55 Чл. 215, ст. 3. ПЗРС, чл. 248 ПЗЦГ, чл. 198, ст. 4. ПЗБиХ, чл. 174, ст. 2. ЗСМ.

56 Вид. чл. 167, ст. 1. и чл. 111, 112 и 114 ОЗХ.

57 Решење Центра за социјални рад Београд одељење Звездара бр. 57100 2333/09. У овом случају родитељи су сами поднели захтев да дете буде смештено у социјалну установу услед немогућности да сами реше поремећај у понашању дете та.

старатеља детету. Родитељи су у овом поступку тужена страна и не могу заступати дете.[58]

Увидом у упоредноправна решења о заступању детета у случају сукобљавања његових интереса са родитељским, уочљиво је да се у континетналним правним системима начело официјелности снажније примењује кроз овлашћење суда да процени потребу за постављањем старатеља, док је у земљама са англосаксонском правном традицијом суд обавезан да постави стратеља.[59] Тако, у немачком праву суд има овлашћење да постави посебног старатеља (*Plegerbestellung*) који по правилу не мора бити адвокат, већ то може бити социјални радник, педагог, дететов сродник.[60] У Енглеској постоји двострука заштита детета: социјални радник (*Guardian ad litem*) кога поставља суд и чија је дужност да утврди чињенице везане за дете, и правни заступник детета (*Advocate*) који предузима процесно заступање детета.[61] У Енглеском праву могуће је да истовремено постоји старатељство, а да родитељи врше нека права из корпуса родитељских права.[62] И у нашем праву могуће је да дете буде стављено под старатељску заштиту, а да родитељи и даље врше родитељско право (у случају делимичног лишења родитељског права). Енглеско право омогућава, уз процену суда, да и малолетно дете може бити постављено за колизијског старатеља.[63] У Канади, пак, постоји трострука заштита детета, коју чине дечији адвокат (*Child advocate*), посебан старатељ (*Guardian ad litem*) и пријатељ суда (*Amicus curiae*). Н. Петрушић нарочито подвлачи чињеницу да се у САД сматра да дете има право на посебног старатеља у случају сукоба интереса са родитељима, док судска власт неких федералних држава не испитује могућност сукоба интереса детета и родитеља, сматрајући потоње искључивим застуницима детета.[64]

---

58 Имамо у виду да је реч о лишењу родитељског права оба родитеља. Ако је у питању лишење родитељског права само једног родитеља, други родитељ заступа дете, те нема потребе за постављањем колизијског старатеља. Ипак и када дете има другог родитеља који врши родитељско право, суд и орган старатељства могу детету одредити колизијског старатеља. Тако, С. Бубић, *Интервенција друштва у породич ним односима*, Београд 1988, 163.

59 Опширније о томе Н. Петрушић, „Заступање детета у парници", *Правни живот* 10/2006, 169 191.

60 Осим у немачком праву, и у праву Шведске и америчке савезне државе Мериленд, након извршених реформи не постоји пуно старатељство, вид. I. Doron, „Elder Guardianship Koleidoscope A Comparative Legal Prospective", *International Journal of Law, Policy, and the Family*, vol. 16, 3/2002, 387.

61 Н. Петрушић, 173.

62 J. Herring*, Family Law*, Oxford 2007, 660.

63 *Ibid.,*661.

64 Н. Петрушић, 175.

Навешћемо случајеве у којима се најчешће јављају супротни интереси родитеља (законских заступника) и деце.

3.3.1. Поступак утврђивања и оспоравања материнства и очинства

Орган старатељства одређивањем колизијског старатеља примарно штитити интересе малолетног детета у ситуацији када заштиту интереса оспоравања порекла услед супротстављености интереса не могу вршити његови родитељи. У судским поступцима оспоравања материнства и очинства, у случају спречности страначких улога, дете не могу заступати родитељи. У том правцу се изјашњавала и судска пракса.[65] Једно од основних права детета јесте право на сазнавање порекла. С обзиром на то да су странке у овим поступцима јединствени и нужни супарничари, ако се као такви родитељи не појаве на страни детета (тужиоца), детету се одређује други законски заступник привременог карактера у лику колизијског старатеља.

3.3.2. Поступак лишења родитељског права

Могуће је да орган старатељства, иако је дете још увек под родитељским старањем, било зато што још није покренут поступак лишења родитељског права или је такав поступак покренут али није окончан,[66] одреди привременог старатеља ако интереси безбедности детета налажу да оно хитно буде измештено из породице.[67] Имајући у виду законске основе за потпуно лишење родитељских права услед злоупотребе родитељског права (физичко, сексуално, емотивно злостављање, подстицање детета на вршење кривичних дела, навикавање детета на рђаве склоности, итд.), у сваком поступку потпуног лишења родитељских права (као најтежег облика санкције над вршењем родитељских права) неопходно је да чим орган старатељства за то сазна, премести дете изван таквог, рђавог, породичног окружења.

[65] „Малолетника, као тужиоца, који нема парничну способност и који туж бом оспорава очинство лица које се по закону сматра његовим оцем, заступа у пар ници нарочито за то одређен сталалац, као сталалац за посебан случај"; „Када мајка малолетног детета у парници за утврђивање очинства, у којој она... има процесни положај активног јединственог супарничара, повуче тужбу... суд је по службеној дужности обавезан да оцени да ли су њени интереси у супротности са интересима малолетног детета и да о томе обавсти орган старатељства који је дужан да у таквом случају малолетном детету постави посебног старатеља", М. Драшкић, 311.

[66] Решење 57212 765/07 Градског центра за социјални рад у Београду, одељење Палилула. У току поступка лишења родитељског права, малолетном де тету се поставља привремени старатељ који ће вршити дужност заштите интереса детета.

[67] Решење 57102 472/2007 Градског центра за социјални рад у Београду, одељење Звездара.

Ваља указати на још један могући случај колизије интереса детета и родитеља где интервенише орган старатељства, али не поставља посебног старатеља. У поступку одређивања личног имена, родитељи не могу детету одредити погрдно име, име које вређа морал, или име које није у складу са обичајима и схватањима средине. Орган старатељства у овом случају не одређује колизијског старатеља, али има овлашћење да одреди име детету уколико родитељи одреде детету погрдно име, име које вређа морал или име које није у складу са обичајима и схватањима средине. Орган старатељства одређује име детету и ако се родитељи не могу сложити око личног имена детета.[68]

3.3.3. Оставински поступак

У случају заједничког позивања на наслеђе детета и његовог родитеља може доћи до сукоба њихових интереса, а одатле и потребе постављања посебног старатеља.[69] С обзиром на то да је орган пред којим се води поступак суд, он би најпре морао, ако постоји потреба, поставити привременог заступника, а тек након тога орган старатељства може поставити посебног привременог старатеља, по претходном обавештењу суда.

3.3.4. Поступак продужења родитељског права

Законом о ванпарничном поступку (чл. 72–74) предвиђено је да суд у ванпарничном поступку доноси одлуку о продужењу родитељског права. Иако је реч о ванпарничном поступку, наводимо овај случај стога што у току поступка продужења родитељског права може доћи до колизије интереса детета и родитеља. Ако суд процени да није у интересу детета продужење родитељског права, орган старатељства на основу обавештења суда, одређује детету привременог старатеља. Потреба за постављањем посебног старатеља огледа се у томе да суд не продужавајући родитељско право, индикује разлоге неподобности родитеља за даљим (продуженим) вршењем родитељског права. Такво дете, које након пунолетства услед болести или сметњи у психофизичком развоју није способно да се самостално стара о сопственим правима, не стиче пословну способност, те се услед неподобности родитеља да продужено врше родитељско право, ставља под старатељство. Нецелисходно би било продужити родитељско право, а након тога, у зависности од степена злоупотре-

[68] Чл. 344, ст. 4 ПЗС.

[69] Решење 57102 472/2007 Градског центра за социјални рад у Београду, одељење Звездара. За потребу заступања у оставинском поступку и расправљања заоставштине преминулог оца, малолетној деци као привремени старатељ одређена је њихова тетка.

бе или невршења, родитеље лишити родитељских права а тек након лишења ставити дете под старатељство.

3.3.5. Поступци закључења правних послова

Приликом закључења одређеног правног посла интереси родитеља и детета могу доћи у супротне позиције. Наведимо пример када родитељ купује кућу за дете од новца које је дете наследило, а да се при том несавесно односи према том послу (плаћа битно већу цену од тржишно утврђене), или када родитељ закључује правни посао у коме је он друга страна (купује за дете ствар чији је он власник). Породични закон Хрватске изричито предвиђа да ће се посебни старатељ поставити детету када постоји сукоб интереса између њега и његових родитеља у имовинским поступцима и споровима, као и при закључењу правних послова.[70] Македонски Породични закон одређује да се старатељ поставља детету за закључење одређених правних послова међу њима.[71]

3.3.6. Други случајеви

Интереси родитеља и детета могу бити супротстављени и у многим другим животним ситуацијама, као што су, на пример, предузимање медицинских захвата над дететом или контакт детета са (блиским) сродницима. Нарочито занимљив пример сукоба интереса између родитеља и детета појавио се у енглеској судској пракси, када се локалне власти захтевале, супротно одлуци родитеља који су били припадници Јеховиних сведока, да се дозволи трансузија крви њиховом детету оболелом од леукемије.[72]

4. СТАРАТЕЉ НАД СТРАНИМ ДРЖАВЉАНИНОМ

Зачетке старатељства над страним држављанима поново затичемо у римском праву. Наиме, у некадашњем римском судском систему претори су били задужени да пруже заштиту странцима који су се нашли у Риму (*praetor peregrinus*).[73]

Када је реч о старатељству над страним држављанима, одредбе о томе пружају два закона. Породични закон Србије (слично као

[70] Чл. 167, ст. 1, тач. 3 ОЗХ.

[71] Чл. 173, ст. 1 ЗСМ.

[72] K. Standley, *Cases and materials on Family Law*, London 1997, 388. О овој великој теми вид. више „Jehovah's Witnesses, Blood Transfusions and the Tort of Mis representation", *Journal of Church and State*, vol. 47, 4/2005, 808.

[73] Вид. Ж. Бујуклић, *Forum Romanum*, Београд 2006, 463.

и у другим крајевима некадашње Југославије[74]) предвиђа да се под старатељство може ставити страни држављанин који се налази или има имовину[75] на територији Републике Србије, ако је то неопходно ради привремене заштите његове личности, права или интереса.[76] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, поред готово идентичне формулације садржане у Породичном закону, прописује да орган Републике Србије предузима неопходне мере само ако страном држављанину са пребивалиштем у нашој земљи заштиту није обезбедио орган државе чији је он држављанин.[77] Према томе, опште је правило да се страним држављанима одређује старатељ по прописима њиховог националног права и од стране надлежног органа те државе (*lex nationalis*),[78] а да се изузетно старатељ поставља од стране органа домаће државе. Органи домаће државе предузимају само привремене мере до иницијалних аката дипломатско-конзуларног представништва. Међутим, те привремене меру могу постати трајног карактера услед неактивности органа стране државе. На пример, орган старатељства поставља страном држављанину привременог старатеља услед процене да постоје разлози за лишење пословне способности тог лица, о чему обавештава дипломатско-конзуларно представништво. Уколико у разумном року надлежни инострани орган не обавести домаћег органа стратељства да је предузео потребне радње, орган старатељства домаће државе спровешће поступак лишења послове способности и поставити старатеља страном држављанину. Сва права и обавезе из оваквог старатељства биће одређена према нашем старатељском праву. Послове старатељства за своје држављане у земљи пријема, према чл. 5. Бечке конвенције о конзуларним односима, обављају дипломатско-конзуларна представништва. Један од најчешћих случајева старатељства над страним држављанином је када дете страног држављанства остане на територији Републике Србије без родитељског старања (услед страдања родитеља).[79]

[74] Исто прописују чл. 216 ПЗРС, чл. 199 ПЗБиХ и чл. 250 ПЗЦГ.

[75] Поред честог случаја када страни држављанин поседује непокретности које треба заштитити, Младеновић наводи пример када се на територији домаће државе нађе напуштени аутомобил страног држављанина, М. Младеновић, 463.

[76] Старатељство над страним држављанима предвиђао је и чл. 50 Основног закона о старатељству из 1947. године.

[77] Чл. 77, ст. 2 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

[78] Ово правило важило је и 50 их година прошлог века у континенталним правним системима, док у англосаксонским правном подручју, старатељ постављен у Енглеској, није могао предузимати правне послове над имовином штићеника у иностранству. Исто тако, старатељу постављеном од стране иностраног органа није признато овлашћење да заступа штићеника у англосаксонским земљама. Вид. B. Eis ner. *Porodično pravo*, Zagreb 1950, 225.

[79] Поред ове, замишљамо и реалну могућност да орган наше државе, услед видног злостављања детета, једног (или оба) родитеља лиши слободе, тако да се

Хрватско право предвиђа, управо као случај старатељства над страним држављанином, случај када се дете страног држављанина затекне без пратње законског заступника на територији Републике Хрватске.[80] Разлог за деловање домаћег органа старатељства јавља се и када страни држављанин услед душевног обољења постане неспособан за расуђивање.[81] Надлежност органа старатељства одређује се према пребивалишту односно боравишту страног држављанина. Све напред речено важи под претпоставком да дипломатско-конзуларно представништво није одмах предузело неопходне мере.

Код старатељства над страним држављанином поставља се питање ко може бити старатељ страном држављанину, као и питање да ли страни држављанин може бити старатељ или штићеник домаћег држављанина. Сматрамо да предност при постављању старатеља домаћем држављанину имају домаћи држављани. Најпре, опште је и неспорно правило да страни држављанин може бити старатељ или штићеник другом лицу страног држављанства. Исто важи и за случај када је домаћи држављанин старатељ лицу страног држављанства.[82] Спорно је једино да ли страни држављанин може бити постављен за старатеља домаћем држављанину. Могао би се прихватити став да такво право може бити признато само изузетно, под одређеним условима, уколико би странац имао домицил у Републици Србији.[83]

С друге стране, међутим, чини се оправданим да у изузетним случајевима страни држављанин може бити старатељ домаћем држављанину. Породични закон предвиђа да предност при постављању старатеља имају супружник, сродник и хранитељ штићеника. У савременим условима све већег броја бракова закључених међу супружницима различитог држављанства и честог дугог боравка страних држављана у другим државама, ови случајеви нису више тако ретки. Ако би штићеников супружник или сродник имао страно држављанство и пребивалиште у нашој земљи, ако би испуњавао услове прописане законом и ако би, на крају, за самог штићеника било најкорисније да му се супружник постави за старатеља, држављанство не би требало да буде препрека његовом именовању од стране органа старатељства. У прилог овом ставу наводимо и одредбу билатералног Уговора о узајамном правном саобраћају између СФРЈ и Мађарске из

дете нађе без родитељског старања. Такође, могуће је да дете остане без старања на нашој територији ако родитељ(и) изврше неко кривично дело и буду лишени слобо де из другог разлога.

[80] Чл. 167, ст. 1, тач. 5 ОЗХ.

[81] Тако М. Беговић, *Породично право*, Београд 1961, 223; М. Ј. Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, 294; Љ. Ђуровић, 224.

[82] Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990, 303.

[83] Б. Бордаш, Т. Варади, Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад 2003, 448.

1968. године,[84] у коме стоји: „Држављанин једне стране уговорнице може се поставити за старатеља држављанину друге стране уговорнице ако има боравиште на територији оне стране уговорнице где треба обављати старатељску дужност и ако његово постављање за старатеља највише одговара интересима лица под старатељством". Ипак, иако је дозвољено, ово право требало би користити изузетно, само ако се међу домаћим држављанима не може наћи старатељ.

5. ВОЉНО СТАРАТЕЉСТВО

Вољно старатељство било је познато у Српском грађанском законику, који је предвиђао да „глувонеми, који се средством знакова могу разумети, а не стоје под очинском влашћу, ако затраже, мора им се старатељство поставити".[85] С друге стране стоје супротни историјски примери, као онај који пружа Основни закон о старатељству из 1947. године, који није познавао ову врсту посебног старатељства.

Од свих случајева посебног старатељства изричито предвиђених Породичним законом, најспорнији изгледа случај вољног старатељства. За овакву оцену се могу понудити следећи аргументи. Код свих других законских примера привременог старатељства реч је о потреби (привремене) старатељске заштите услед немогућности да лице о чијем је праву реч, самостално (за)штити то своје право или интерес. Код вољног старатељства, међутим, реч је о томе да особа није лишена пословне способности (пословно способно лице), али да из одређених, оправданих разлога, захтева да јој буде постављен привремени старатељ. Као оправдани разлози јављају се старост, здравствени разлози (болест), појачана немоћ, несналажљивост, лакомисленост, неискуство, неспретност. Сличност ове врсте (вољног) привременог старатељства са институтом пуномоћства, такође наводи на закључак да није реч о елементима који се претежно чине институт старатељства.

[84] Следећи билатерални међународни уговори закључени у време Краљевине Југославије говоре о уређењу међусобних правних односа у грађанским стварима, предвиђајући признавање надлежност власти државе уговорнице за одређивање старатељства: Конзуларна конвенција са Чехословачком од 7.11.1928. године; Уговор о уређењу међусобних правних односа са Чехословачком од 17.3.1923. године; Конвенција о правним односима Југославије и Пољске од 4.5.1923. године. Занимљиво је да Конзуларна конвенција Југославије и Француске од 30.1.1929. године, предвиђа супротно да су органи сваке државе уговорнице надлежни за старатељство над држављанима друге државе уговорниоце са пребиваштем на подручју домаће државе. Више о томе вид. B. Eisner, 224.

[85] Вид. И. Петковић, *Грађански законик за Краљевину Србију са одлукама Касационог суда у Београду*, Београд 1939, 103.

Вољно старатељство предвиђено је Породичним законом,[86] а било је прописано и у Закону о браку и породичним односима.[87] Код вољног старатељства треба указати на разлику при његовом настанку и престанку. Орган стратељства поставља старатеља на захтев пословно способног лица само ако постоје оправдани разлози и ако уз постојање оправданих разлога орган старатељства процени да је то потребно ради привремене заштите права или интереса те особе. Стога, орган старатељства није дужан да постави старатеља у сваком случају када то захтева пословно способно лице. Супротно је код престанка – ако лице коме је постављен вољни старатељ захтева да привремени старатељ више не врши дужност (без навођења разлога), орган старатељства везан је таквим захтевом и дужан да одмах разреши старатеља.

Разликовање вољног старатељства и пуномоћства огледа се у следећем: код пуномоћства властодавац има поред пуне „формалне“ пословне способности и пуну „материјалну“ пословну способност, док код вољног старатељства постоји пуна „формална“ пословна способност, док „материјална“ пословна способност није пуног обима, пошто је ограничена управо постојањем оправданих разлога – болести, старости, лакомислености. Ти оправдани разлози условљавају разлику ова два института код предлагања лица које ће бити постављено за старатеља. Властодавац има неограничену власт да одреди свога пуномоћника, док код вољног старатељства орган старатељства испитује предлог лица које захтева постављање вољног старатеља, те може прихватити предложену, или одредити неку другу особу.

С обзиром на суптилност, како законске формулације, тако и теоријских поставки, задржаћемо се укратко на односу вољног старатељства и лишења пословне способности. Јасно је да постоји разлика између потпуног лишења пословне способности и вољног старатељства, што проистиче из дужности стручних лица (лекара, психолога, психијатра) да утврде да ли постоје основи за потпуно лишење пословне способности. Ако неко лице услед болести није способно за расуђивање те није у могућности да се стара о сопственим правима и интересима, потпуно ће се лишити пословне

[86] Чл. 132, ст. 2, тач. 5 ПЗС.

[87] Чл. 284 ЗБПО. Разлика ова два законска решења огледа се у томе да Породични закон намеће дужност органу старатељства да постави вољног старатеља, док ЗБПО оставља органу старатељства могућност постављања старатеља. Ову разлику не сматрамо битном, с обзиром на то да и Породични закон дужност постављања условљава претходном (пр)оценом органа старатељства. Стога, тек ако процени оправданост наведених разлога, орган старатељства дужан је да постави вољног старатеља. Практично посматрано, оправданост разлога претвара могућност у дужност.

способности.[88] Међутим, ако се узме у обзир најчешћи оправдани разлог за вољно старатељство – старост, могуће је закључити да се ради о степену (не)способности старања о сопственим правима и интересима. Ако лице није уопште способно да се стара о својим правима биће потпуно лишено пословне способонсти, а ако је немогућност вршења незнатна, може бити постављен вољни старатељ.[89] Улога органа старатељства при процени постављања старатеља овде је у великој мери ослоњена на оцену вештака. Разлоге неискуства и лакомислености можемо упоредити са делимичним лишењем пословне способности. Лице ће бити делимично лишено пословне способности ако услед болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица.[90] Неискуство у пословању или лакомисленост има исту последицу. Закључењем посла од стране пословно способног, али неискусног лица, наступа за то лице или друге особе угроженост права и интереса. Поставља се питање могућности (не и оправданости у савршеном правном поретку) постављања вољног старатеља. Посебно скрећемо пажњу на питање плаћања накнаде старатељу за вршење дужности, накнаде трошкова које је имао током обављања делатности, као и права на награду.[91]

Увидом у праксу Центра за социјални рад, као надлежних органа за постављање старатеља, примећујемо следећу правилност: ови органи у великом броју случајева у току поступка за лишење одређеног лица пословне способности, постављају привременог старатеља. У

[88] Вид. чл. 146, ст. 1 ПЗС.

[89] Незнатност немогућности вршења својих права јесте термин који би мо гао бити конкретизован кроз примере праксе Центара за социјални рад. За праксу ЦСР код постављања вољног старатеља, вид. Д. Јаковац, *Старатељство за посебне случајеве у југословенском праву*, Београд 1990, 91

[90] Чл. 147 ПЗС.

[91] У Немачкој је, након треће реформе старатељског права извршене 2005. године (прва је извршена 1992. године, а друга 1999. године), одређено да старатељи добијају накнаде према следећим правилима: професионални старатељ који има високо образовање из области права и социјалног рада добија 44 евра по сату, укључујући материјалне трошкове и порезе, професионални старатељ без високог образовања, са специјалним вештинама као што је медицинска сестра добија 36,5 евра по сату, старатељи без оваквих квалификација добијају 27 евра по сату, а ако су старатељи волонтери или чланови породице, они добијају 323 евра годишње. Вид. Извештај поводом реформе старатељског права у Немачкој на *http:// www. betreuungsverein treptow koepenick.de*, 12. април 2010. С друге стране, у Холандији чланови породице који су одређени за старатеље не добијају новчану награду. У Енглеској старатељ годишње добија накнаду у висини од 1.000 до 2.000 фунти. У региону Јужни Тирол у Италији држава не плаћа за услуге старатељства, а старатељ може добити накнаду у виду малог процента вредности штићеникове непокрет ности. Више на *http://www.fortbildung ehrenamtlicher betreuer.eu/Docs/European%20 Guardianship%20Systems.doc,* 17. април 2010.

највећем броју случајева, када се привремени старалац поставља на иницијативу органа старатељства, то је управо у поступку лишења пословне способности.[92] ЗБПО предвиђао је могућност да суд пред којим се води поступак лишења пословне способности обавештава орган старатељства о вођењу поступка, а орган старатељства цени потребу постављања старатеља овом лицу.[93] У складу са тиме, ЦСР постављају привременог старатеља.[94] Породични закон нема изричитих одредби о томе, а привремени старатељ могао би се поставити у овом случају на основу одредбе чл. 132, ст. 1, по којој орган старатељства може поставити старатеља пословно способном лицу ако процени је то потребно ради привремене заштите личности права и интереса тог лица. Услов за то је да суд пред којим се води поступак лишења пословне способности обавести орган старатељства о потреби постављања старатеља. Тако имамо случај из скорашње праксе органа старатељства, где се привремени старатељ поставља особи ради ванредне имунизације која се спроводи у установама социјалне заштите.[95]

Може се рећи да ова врста старатељства представља прелазну (првенствено теоријску) категорију до старатељства над лицима делимично лишеним пословне способности. Теоријски посматрано, у том низу постоје потпуно пословно способна лица, лица под вољним старатељством и лица делимично лишена пословне способности.

Породични закон Србије у чл. 72 предвидео је и установу вољног заступања детета. Дете које има могућност предузимања материјалне или процесне радње препушта родитељима да они то чине уместо самог детета. То је врста законског вољног заступања с обзиром на то да нема уговора о заступању, већ закон пружа могућност детету способном за предузимање одређене радње да вршење те радње препусти родитељима.[96] Ипак, о контроверзама које са собом носи ова установа говори и различит приступ законодавстава у нашем окружењу: вољно старатељство познају законодавства Босне и Херцеговине, Македоније и Црне Горе,[97] док хрватско

[92] У периоду између 1993. и 1997. године у 75% случајева лишења пословне способности орган старатељства поставио је привременог старатеља, Н. Љубојев, *Старатељство над лицима лишеним пословне способности*, Нови Сад 1988, 178.

[93] Чл. 278, ст. 1 ЗБПО. Исто предвиђају чл. 240 ПЗЦГ, чл. 212, ст 1 ПЗРС, чл. 195, ст. 1 ПЗ БиХ, чл. 169, ст. 2 ЗСМ.

[94] За постављање привременог старатеља у поступку лишења пословне спо собности, решења Центра за социјални рад Београд одељење Звездара бр. 57101 3910/ 09 и 57101 4346/09.

[95] Решење Центра за социјални рад Београд одељење Звездара бр. 57101 4265 од 14.12.2009. године.

[96] О томе више С. Панов, 542; Н. Петрушић, 178.

[97] Чл. 200 ПЗБиХ, чл. 251 ПЗЦГ и чл. 176, ст. 1 ЗСМ.

и право Републике Српске немају одредбе о вољном старатељству. Према Породичном закону Србије привремени старатељ одређује се и у другим случајевима. То су случајеви привременог старатељства у управном и судском поступку, старатељства над зачетком, над умрлим лицем и над лицем лишеним слободе.

6. ЗАКЉУЧАК

Најпре, како сам назив указује, временска ограниченост заштите представља основну карактеристику привременог старатељство. Испуњењем посла који је и довео до успостављања привременог старатељства гаси се овај вид заштите. Међутим, могуће је да иако оригинарно замишљен као привремени (посебан) вид заштите, он деривира у „пуно“ старатељство. Учесталост посебног старатељства у виду процене органа старатељства, говори о примарној примени дискреционог привременог старатељства у односу на случајеве обавезног привременог старатељства (колизионо старатељство, вољно старатељство, старатељство над страним држављанином). У прилог томе говори и пракса Центара за социјални рад који привременог старатеља најчешће постављају у поступку лишења пословне способности, а тако постављен старатељ наставља да врши своју дужност и након окончања поступка лишења пословне способности у облику сталног старатеља.

Имајући у виду двоструку заштиту случајева привременог старатељства у нашем праву, може се закључити да суд постављањем привременог заступника пружа ужу концепцију заштите, која је привременијег карактера и ужег обима у односу на заштиту код привременог старатељства. Постављање привременог заступника може имати два могућа завршетка: да се постављањем привременог заступника исцрпи његова улога, без потребе за реакцијом органа старатељства и одређивањем привременог старатеља. Укратко, привремени заступник предузимањем процесне радње (или више процесних радњи), испуњава посао ради кога је именован. Други завршетак (можемо рећи и наставак поступка), огледа се у томе што постављање привременог заступника неће довести до престанка потребе за заступањем, првенствено услед шире потребе за заштитом, те ће се недовољност таквог обима заштите индиковати кроз постављање привременог старатеља од стране органа старатељства. Претходно питање за наставак поступка, у овој ситуацији, јесте обавештење органа старатељства од стране суда. Орган старатељства може деловати само ако добије обавештење од суда, било о потреби постављања старатеља, било о већ постављеном привременом заступнику.

Суд нема дикреционо овлашћење за постављање привременог заступника, већ је дужан да то учини увек када утврди сукоб интереса. Орган старатељства, с једне стране има дужност да у случајевима предвиђеним законом постави привременог старатеља, док с друге стране има могућност процене за потребом именовања привременог старатеља. Међутим, чак и у случајевима обавезног законског привременог старатељства, орган старатељства неће поставити старатеља ако не утврди потребу за таквом заштитом. Тако, код вољног старатељства, овај орган не поставља старатеља чим нека особа то затражи уз навођење разлога, већ само ако оцени оправданост таквог разлога. Дакле, суд је дужан да постави привременог заступника, а орган старатељства је мање везан и има могућност да процени потребу постављања. Суд се неће упуштати у чињенично разматрање природе сукоба интереса странке у поступку и његовог законског заступника. Његова улога исцрпљује се у уочавању сукоба и предузимању акта постављања привременог заступника. Орган старатељства, са своје стране, као орган задужен за социјалну заштиту, испитује свеукупност односа странака у поступку и сукоба њихових интереса (у прилог томе је и тим различитих стручњака Центра за социјални рад – педагога, правника, психолога, који су садржински позванији од суда да испитају и евентуално одреде старатељску заштиту). Привремени заступник представља ужи и привременији обим заштите лица, док се садржински и формално обимнија заштита пружа путем привременог старатељства. Сам појам старатеља (и код привременог старатељства) указује на шири обим права и дужности према штићенику у односу на појам заступништва.

Из тих разлога, сарадња Центара за социјални рад, судова и других државних органа на пословима старатељске заштите намеће се као нужност ради што бољег увида у конкретне случајеве који садрже елементе надлежности ових органа (лишење пословне способности, постављање привременог заступника и старатеља, надзор над радом органа старатељства, увид у извештаје о целокупном стању одређеног штићеника).

Најзад, и поред низа отворених питања, на која је овде указано, привремено старатељство представља користан институт у ситуацијама када постоји потреба за старатељском заштитом која се пружа у конкретним случајевима, а није је могуће обухватити редовним облицима старатељства. Као прелазна категорија ка пуном старатељству, она може указати на потребу шире старатељске заштите, те послужити као добро решење у случајевима када треба привремено заштитити одређено право или интерес неке особе.

Uroš Novaković, LL.M.

Assistant Lecturer
Belgrade University Faculty of Law

GUARDIANSHIP FOR SPECIAL CASES

Summary

All forms of guardianship for special cases under Family Code of Serbia represent instances of temporary guardianship, aimed at provisional protection of the rights and interests of certain types of persons. In some cases, the authorities are obliged to appoint a temporary guardian for the ward. In other cases, the ward is entitled to appoint a temporary guardian for himself (voluntary guardianship). The main focus of the article are mandatory forms of temporary guardianship. The author addresses the issue from both national and comparative angles, and examines the variety of temporary guardianships: collision guardianship as the central form of mandatory temporary guardianship, and the less frequent types, such as guardianship of property of unknown proprietors and guardianship over an absentee. The article also attends to the least frequent kinds of guardianship, such as voluntary guardianship and guardianship over a foreign citizen. The author looks at the ways in which temporary guardianship may cease to exist, and questions the purpose of voluntary guardianship. Finally, he calls attention to the importance of cooperation amongst the courts, administrative bodies and other state authorities, in the matters of guardianship for both regular and special cases.

Key words: *Collision guardianship. – Guardianship of property of unknown proprietors. – Guardianship over an absentee. – Guardianship over a foreign citizen. – Voluntary guardianship.*

УДК 340.12 ; 340.111 ; 340.12 Гали В. Б.

Мр Бојан Спаић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
bojan.spaic@ius.bg.ac.rs

О СУШТИНСКОЈ СПОРНОСТИ ПОЈМА ПРАВА: ГАЛИЈЕВ ОКВИР ПРИМЕЊЕН НА ПОЈАМ ПРАВА

У чланку се се испитују мањкавости различитих правнотеоријских приступа у дефинисању појма права, како би се отворио простор за разумјевање тог појма као суштински спорног на основу критеријума које је предложио британски политички и друштвени теоретичар Брус Волтер Гали. По становишту које аутор заузима, оваква категоризација појма права објашњава (из концептуално аналитичке перспективе) истрајност појмовних дебата у правној теорији и филозофији права. Ова се основна поставка даље развија у правцу девалвације значаја дефиниција, схваћених као нужно и општеважеће одређење кључних појмова у друштвеној и правној теорији, у корист наглашавања значаја различитих поимања права и поимања појма права.

Кључне речи: *Појам права. Суштински спорни појмови. Правна теорија. Филозофија права.*

1. УВОД

Постоје појмови који су суштински спорни,
чија исправна употреба неизбјежно подразумјева
бесконачне расправе о њиховој исправној употреби
од стране оних који их употребљавају.

Б. В. Гали

У континенталним системима права јасно и недовосмислено дефинисање правних појмова је не само природно, већ се често схвата као услов за саобразност прецизности позитивноправних дисциплина претпостављеној прецизности законодавца. Изгледа да би

без дефиниција, схваћених као нужно и општеважеће утврђивање садржаја правних појмова, од извикане правне строгости и таксономичности, остала само празна прича. Дефиниција је тако основно оруђе којим се правна догматика ослобађа нејасности и спорности, а правна пракса несигурности у примјени права. Стиче се утисак да, упркос томе што о оправданости ове езотеричности правне догматике можемо расправљати, позитивноправним дисциплинама заиста полази за руком да аподиктички разрјеше појмовне проблеме. С правном теоријом и филозофијом права, ствар стоји знатно другачије. Појам државе, суверености, па чак сам појам права, су „озлоглашени“ у погледу могућности њиховог коначног одређења. Док су уџбеници који се тичу појединих грана права претрпани дефиницијама, уџбеници теорије права су неријетко закрчени логичким, филозофским, социолошким и правним разматрањима која се тичу скоро искључиво могућности дефинисања. Тако ћемо наићи на синтетичке, дескриптивне, конвенционалне или прескриптивне дефиниције, бити упознати с границама у дефинисању појмова одређеног степена општости, или ћемо просто наићи на избјегавање дефинисања чак у оним дјелима која насловом недвосмислено упућују да ћемо управо то и добити. Штавише, најзначајнији спорови у правној теорији XX вијека тичу се у крајњој линији самог појма права; непомирљивост правног позитивизма и природноправне школе најбоље се огледа у њиховим спорењима око једног јединог темељног појма.[1]

Овај рад не покушава дати дефинитивне одговоре на питања одређења појмова правне теорије, већ прије представља излагање једног могућег оквира за разумијевање бесконачних појмовних дебата у овој области.[2] Позабавићемо се посебно појмом права – методологијом његовог дефинисања и различитим дефиницијама у оквиру два доминантна струјања у савременој правној теорији и филозофији – правном позитивизму и природноправној школи. Чини се да је такво што вриједно пажње бар из једног разлога: ако правници још увијек нијесу успјели да оспоре Кантову (*Immanuel Kant*) примједбу из *Критике чистог ума*,[3] оно бар могу покушати да разумију због

[1] P. Koller, „The Concept of Law and Its Conceptions“, *Ratio Iuris* 2/2006, 182.

[2] Утолико је важно нагластити да нам намјера није да дамо исцрпан попис дефиниција права, нити да размотримо све спорове у вези с појмом права у домаћој и иностраној правној теорији, већ прије да укажемо на једну могућу (и ријетко разматрану) метатеоријску позицију која из концептуално аналитичке перспективе објашњава истрајност појмовних дебата у правној теорији. Један од радова који ово питање адресира на различитим теоријским основама је и Д. Митровић, „Може ли право да се сазна: Шта је право?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/2002, 85 108.

[3] И. Кант, *Критика чистог ума*, Дерета, Београд 2003, 368 369. Добар дио правне литературе који помиње Канта у вези са покушајима дефинисања појма права еристички занемарује то да његов коментар „Тако правници још траже дефиницију за

чега она још увијек важи. У супротном би можда и у правној теорији требало интензивније размишљати о резултату Витгенштајнових (*Ludwig Wittgenstein*) раних истраживања језика, резултату по коме би о ономе о чему не можемо јасно говорити требало ћутати.[4]

2. ПРОБЛЕМИ У ДЕФИНИСАЊУ

Прије разматрања која смо најавили покушајмо да слиједимо начин на који долазимо до дефиниција у правној теорији. Када питамо: „Шта је право?“ (односно: „Шта је држава?“; или пак „Шта је сувереност?“) интересује нас нешто о „штаству“, тј. о суштини (односно природи) ствари коју појмом мислимо.[5] Први проблем дефинисања би тако био идентификовати на шта мислимо када користимо поменуте појмове правне теорије. Но, овај проблем бар у социјалној филозофији и теорији изгледа тежи него што би се разумно могло очекивати. Нема сумње да у зависности од позиције коју заузмемо мислимо на различите ствари (односно ентитете и сл.) поимајући их као право. Преторски едикти спадају у досег права само из перспективе правног историчара, а природно право је за правника практичара најчешће занемарљиво бар онолико колико је занемарљива парница око међе за правног теоретичара. Ипак, претпоставимо да би начелно било могуће изложити цјелокупан досег појма из свих могућих перспектива, тј. утврдити шта све подразумјевамо када кажемо право. Но, ако се вратимо на постављено питање, уочићемо да у њему ни на који начин нисмо показали заинтересованост за такво што; ствар је проста – ако некога питамо шта је умјетничко дјело, свакако не очекујемо да нам достави списак назива Фидијиних скулптура или Мондријанових слика, још мање да нам поброји правце у вајарству или сликарству. Питање о томе на које предмете мислимо

свој појам о праву“ није никакав прекор струци. Кант, наиме, сматра да дефиниција у строгом смислу постоји само у математици, те да се објашњење појмова који зависе од емпиријских услова прије може назвати декларацијом. Кантова је поука да су филозофске, па и правне дефиниције само експликације, објашњења, и засигурно није да баш правници у нечему посебно гријеше. Индикативно је свакако и то што је поглавље *Критике* у којем налазимо ова разматрања насловљено „Дисциплина чистог ума“.

[4] L. Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, IP „Veselin Masleša“, Sara jevo 1987, 189.

[5] Испитивање суштине права у форми објашњења појма права је ро Јозефу Разу кључно за правну теорију. Ово је испитивање по њему успјешно уколико успије да испуни два основна задатка: 1. дође до „судова о праву који су нужно истинити“ и 2. „објасни шта је право“. J. Raz, „Can There be a Theory of Law?“, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (eds. Martin P. Golding, William A. Edmundson), Blackwell, Malden 2005, 324.

неким појмом јесте већ на први поглед битно различито од питања о његовој суштини.

Истини за вољу, ствари можемо поставити и другачије, па рећи да историчар, практичар и теоретичар заправо дефинишу поменуте појмове на различите начине. Ипак, сасвим је јасно да се ту не ради о различитим дефиницијама једног појма, већ само о томе да један термин користимо како бисмо означили различите појмове (или бар појмове различитог степена општости).[6] Евентуални спор међу поменутом тројицом онда бисмо били принуђени да третирамо прије као терминолошку збрку, него ли као аргументовану расправу. Ако потрагу за дефиницијом разумијемо као потрагу за суштином, садржајем или природом онога што је појмом мишљено, чини се да просто побрајање ствари које спадају у досег појма не помаже много у одговарању на постављено питање.[7]

Ако то прихватимо, наставак испитивања нас најчешће води класичном методу дефинисања *per genus proximum et differentiam specificam*, у којем претпостављамо да појам права има свој реални пандан, како бисмо дефиницијом утврдили врсни појам те специфичну разлику у односу на остале ствари исте врсте. Но и то је изгледа ћорсокак; фундаменталним појмовима правне теорије, какав је најопштији појам права, не кореспондира ништа тачно одређено у стварном свијету што би било њихов потпуни еквивалент. Чини се да из овога произлази да смо, прихватајући овај приступ, постали жртве једне методологије која није прикладна за одређење наших појмова. Гералд Гаус (*Gerald Gaus*) гносеолошку позицију до које смо дошли своди на три става која уобичајено имамо у вези са сличним настојањима: 1. већина нас је увјерена да кључне ријечи које правници рутински користе имају смисла и да су значајне за право; 2. такође, често смо увјерени да ако нека ријеч има смисла онда је можемо и дефинисати; 3. и коначно, сви сматрамо да се ријеч коју користимо односи на нешто стварно.[8]

---

6 Интегрална дефиниција права Николе Висковића управо испољава ове карактеристике, одређујући право као скуп различитих друштвених чинилаца. При том се као кључно за одређење права узима обухватање појава које спадају у досег појма, N. Visković, *Pojam prava   Prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split 1976, 47 74.

7 Чак ако заузмемо номиналистичку позицију и изједначимо појам с ријечју која га означава могуће је направити разлику између проблема у одређењу значења ријечи, двосмислености и нејасности. Управо из те перспективе Џереми Валдрон говори о двосмислености (*ambiguity*), нејасности (*vagueness*) и спорности (*contest ability*) правних појмова, J. Waldron, „Vagueness in Law and Language", *California Law Review* 82/1994, 509 540.

8 G. Gaus, *Political Concepts and Political Theories*, Westview Press, Oxford 2000, 8 9. Гаус дакако не говори о појму права већ о појмовима у друштвеној теорији и филозофији уопште.

Додуше, нисмо баш сви на позицији концептуалног реализма. Херберт Харт (*Herbert Hart*) у раном чланку насловљеном „Дефиниција и теорија у јуриспруденцији" анализира правне појмове на начин који ће у битном обиљежити теоријскоправни дискурс друге половине XX вијека. Јуриспруденција, тврди Харт слиједећи филозофију обичног језика, запада у апорије када правне појмове покушава дефинисати из перспективе концептуалног реализма, прије свега услед непримјерености начина дефинисања појму који је у питању. О праву, суверености, праведности, једнакости или слободи не можемо сазнати ништа корисно бесконачним покушајима одређења њихове суштине; специфичности правних појмова треба да одговара и специфичан метод њиховог одређења. Но, у промјени метода коју предлаже, аутор *Појма права* олако претпоставља да наши спорови нису појмовни већ терминолошки, те да могу бити ријешени номиналистички – појашњавањем употребе ријечи којом означавамо појам.[9] И док можемо дозволити да је језик који правници користе заиста погодан за један такав методолошки обрт, исто се не може рећи и за језик правне теорије. Услови за истинитост суда у којем користимо термин, као што и сам Харт признаје, могу бити корисни с „интерне тачке гледишта",[10] али нам с „екстерне тачке гледишта" не разрјешавају дефинитивно спорове у вези с појмом. Додатно, један од кључних аргумента у Дворкиновој (*Ronald Dworkin*) теорији права као интегритета јесте управо да се на семантичкој теорији ријечи не може засновати правна теорија и филозофија.[11] Изгледа да, ако овај метод дефинисања примјенимо у области која је нама интересантна, успут мјењамо и *definiendum*; Хартов излет у филозофију језика просто није учинио много у погледу разумјевања проблематичних појмова какав је појам права.

Ханс Келзен (*Hans Kelsen*), још један позитивиста и творац чисте теорије права, у овом погледу је знатно обазривији (упркос томе што се као највеће достигнуће Хартове теорије у односу на Келзенову узима управо „интерна тачка гледишта"). Значење ријечи која означава појам јесте за њега нека врста методолошког регулатива у теоријском одређењу појма права. Дефиниција код Кел-

9 Х. Харт, „Дефиниција и теорија у јуриспруденцији", *Огледи из филозофије права*, Плато, Београд 2003, 23 53.

10 Вид. S. Shapiro, „What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review* 3/2006, 1157 1171.

11 Вид. J. Raz, „Two Views of the Nature of the Theory of Law", *Legal Theory* 4/1998, 250. Треба напоменути да се приговори односе искључиво на рани чланак који је наведен. Харт семантичку анализу права дјелимично напушта већ у *The Concept of Law*. Стога, Дворкинова критика не може важити за позне Хартове радове, како уосталом увјерљиво показује сам Харт и други аутори који су се овим проблемом позабавили. Вид. чланке Ендикота (*Endicott*) и Ставропулоса (*Stavropulos*) у зборнику: *Hart's Postscript* (ed. Jules Coleman), Oxford University Press, Oxford 2001.

зена подразумјева утврђивање врсног појма и специфичне разлике уз услов да специфична разлика има хеуристичку вриједност за сазнање друштвеног живота. Но дискриминација између различитих теоријских одређења требало би да се рјешава на основу уобичајеног значења ријечи – „[п]ојму права чији се обим, уопште узето, поклапа са обичним значењем [...] очигледно треба дати преимућство над појмом који се може применити једино на много мањи део појава“.[12] Али, ако је у принципу могуће дефинисати право есенцијалистички, није јасно зашто бисмо посезали за конвенционалним значењем ријечи која означава појам. Још је мање разумљиво зашто би одређење значења ријечи из речника (за којим бисмо дакако морали да посегнемо ако нисмо у стању – као што вјероватно нисмо – да статистички утврдимо шта највећи број људи подразумјева под правом) могла да послужи као критеријум за разликовање између бољих или лошијих дефиниција појма.[13]

Финис (*John Finnis*) из зачараног круга ријечи и појмова покушава изаћи позивајући се на Аристотелово схватање жаришне дефиниције. Замисао је та да разликујући централне и граничне случајеве на које се примјењује појам у питању, можемо доћи до дефиниције која би инкорпорирала реалне и номиналне елементе. На тај би се начин дескриптивни искази којима се утврђују жаришни случајеви преображавали у прескриптивне искључењем оних граничних случајева који су на неки начин „неадекватни“ жаришном.[14] Осим тога што смо се у дефинисању вратили корак унатраг, пребирајући по досегу појма, Финисова претпоставка је проблематична из бар два додатна разлога. У правно-теоријским дебатама о садржају појма проблематично је управо централно значење; иако се спор између јуснатурализма и позитивизма не води само на правној, већ и на методолошкој равни, оно што у битном остаје проблематично у дебати јесте управо центар (*core*) појма права, а не његова периферија. Уз то, није саморазумљиво који је то критеријум по којем цијенимо да је неки случај централан. Ако се поведемо за Аристотеловим примјерима које Финис користи, видимо

[12] Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, Београд 1951, 18.

[13] Слично посезање за терминологијом као средством за критику појмовних дебата налазимо у „Систему филозофије права“ Радомира Лукића. Лукић већину спорова о појму права одбацује на рачун тога што се они у крајњем могу свести на терминолошке конфузије. Но, конвенционално значење термина сасвим јасно није довољно да би се на одговарајући начин исцрпео појам права, па Лукић у оквиру поднаслова „Два значења ријечи право“ заправо говори више о појму него о термину, тј. његовој употреби. Све у свему, методологија коју Лукић користи јесте налик Келзеновој, па је и подложна сличним приговорима. Р. Лукић, *Систем филозофије права,* БИГЗ, Београд 1995, 353.

[14] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Claredon Press, Oxford 1980, 9 10.

да је централни случај у најбољем случају контингентан и зависан бар од културног контекста у којем се утврђује. Другим ријечима, није самоочевидно зашто би неки случај био централан, а неки други не, нити је јасно на који се начин – ако је жаришни случај несумњив, те се може просто описати – он може по аутоматизму претворити у прескрипцију.[15]

Ако и занемаримо успутне приговоре, уз све ове методолошке окрете очекивали бисмо нешто мање спорова у погледу садржаја једног значајног и познатог појма. То никако није случај. Новије дебате у вези с појмом права приказане у поменутом Колеровом (*Peter Koller*) чланку најбоље показују да методолошка освјешћеност правних теоретичара какви су Харт, Келзен или Финис у најбољу руку успјева да премјести тежиште дебате, а никако да дефинитивно утврди садржај појма права.[16] Тако, јуснатуралисти Дерик Бејлевелд (*Deryck Beyleveld*) и Роџер Браунсорд (*Roger Brownsword*) долазе до закључка да је правни систем морални систем чија правила захтјевају принудно спровођење. Роберт Алекси (*Robert Alexy*) тврди да је право систем норми које претендују на моралну исправност, припадају или су засноване на уређењу које је ефикасно и нису саме по себи екстремно неправедне, укључују принципе који су неопходни у руковођењу процесом примјене права на начин који задовољава претензију на исправност. По Џулсу Коулмену (*Jules Coleman*) право је конвенционална друштвена пракса чија је веза с моралом контингентна.[17] Џозеф Раз (*Joseph Raz*) заступа становиште да се право „показује као скуп правних стандарда који захтјевају од свих оних на које се односе да признају њихов ауторитет“,[18] те да у крајњој линији може бити идентификовано и дефинисано без позивања на моралне стандарде.[19] Сасвим је јасно да у овим случајевима спор није терминолошки, већ

[15] J. Raz (1998), 257.

[16] P. Koller, 184 192.

[17] Савремени правни позитивисти (тзв. инклузивни позитивизам) дозвољавају могућност да правило признања инкорпорира моралне принципе или вриједности као критеријум правног важења. J. Coleman, „Positive and Negative Positivism“, *Jour nal of Legal Studies* 9/1982, 149. Коулмен ово схватање напушта у једном чланку, дистанцирајући се од теза које се уобичајено сматрају централним у савременом правном позитивизму (правило признања, критеријуми правности и одвојеност права и морала), J. Coleman, „Beyond Inclusive Legal Positivism“, *Ratio Iuris* 22/2009, 380 383.

[18] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, 33.

[19] *Ibid.*, 47. Није на одмет нагласити да подробно бављење наведеним поимањима излази изван оквира овог чланка. Неке су савремене дефиниције појма права наведене *exempli causa* како би се илустровала истрајност појмовних дебата у правној теорији. Расправе о праву се, без опсежне расправе о различитим аспектима дебате, данас тешко могу свести искључиво на напоре у вези с дефинисањем појма.

појмовни, те да се промјеном начина дефинисања, каква је Хартова мијења *definiendum,* а тиме и обесмишљава појмовна дебата. Изгледа да су учесници у спору сагласни бар у томе да управо њихово одређење и коришћење појма има предност у односу на остала.

Како онда објаснити ове бескрајне појмовне дебате? Једна од могућности би била тврдити да су теоријске распре условљене скупом психичких и социјалних чинилаца који условљавају теретичаре да се упорно клоне сагласности с колегом који заступа другачије становиште.[20] И док у филозофији, филозофији права и теорији права свакако има дебата које садрже одређени емотивни набој или бивају интензивиране предрасудама учесника, то нам свакако не даје за право да одбацимо сваку могућност рационалног теоријског дискурса. Штавише, ако прихватимо тезу о психичкој и социјалној условљености несагласности у теорији, цјелокупна дебата о појму права би морала пасти у воду. Изгледа да је једина разложна могућност да се појмовни спорови у правној теорији узму озбиљно. Проблем је у томе што изгледа да управо онда када то учинимо добијамо море различитих дефиниција кључних појмова, дефиниција које махом покушавају одредити суштину, садржај или природу ствари коју појмом мислимо.

Пратећи поступак дефинисања, видјели смо да су правни теоретичари на неки начин принуђени да заузму метаправни став и да посегну за логиком, гносеологијом или теоријом значења. Првобитне дилеме у вези са садржајем, опсегом и досегом појма нам објашњавају општа логика и методологија, које кажу да је основни разлог за наше тешкоће што је, бар у принципу, садржај једног појма као скуп његових битних ознака могуће установити релативно независно од његовог досега (разликовање интензије и екстензије, тј. конотације и денотације).[21] Али ако формална логика помаже у разјашњењу концептуалних спорова са становишта ваљаности аргумената, она нам сасвим мало говори о њиховој садржини. Дио спорова објашњава теорија значења; велики број правних теоретичара се у дефинисању (често и нерефлектовано) задржи на концептуалном реализму. Други се, пак, као што је случај са Келзеном и Хартом, поводе за уобичајеним значењем ријечи, заступајући једно конвенционалистичко становиште карактеристично за новију филозофију језика. Ипак, изгледа да је појмовна дебата несводива на терминолошку. Као што смо видјели, већ почетни импулс сваког питања о „штаству“, сваке потраге за одређењем садржи у себи један став који

[20] J. Kekes, „Essentially Contested Concepts: A Reconsideration“, *Philosophy and Rhetoric* 2/1977, 72.

[21] Вид. W. V. O. Quine, „Two Dogmas of Empiricism“, *The Philosophical Review* 60/1951, 20 43.

је иницијално концептуално-реалистички, а не само терминолошки. Док ријечи које користимо творе језик, појмови које користимо творе теорије. Однос теорије према појмовима је налик односу језика према ријечима – као што ријечи имају значење тек из перспективе правила неког језика, тако и појмови имају садржај тек из перспективе кохерентне теорије.[22] Контекст у којем користимо појам и однос према другим блиским појмовима омогућава нам излагање садржаја појма на начин који не мора нужно бити повезан с употребом ријечи која појам означава, још мање с њеном конвенционалном употребом.[23] Ако прихватимо да умјесто дефиниције појма разматрамо искључиво ријеч која појам означава, у најбољем случају успјевамо само да кажемо нешто о начину употребе одређене ријечи, те да дођемо до значења које ријеч конвенционално има.

Остаје нам изгледа да закључимо да су појмови правне теорије заиста на неки начин специфични, те да су уобичајени начини њиховог одређења неприкладни. Они ипак нису неприкладни због тога што, као што каже Харт, користимо погрешне методе у дефинисању. Неприкладност се изгледа састоји у томе што уопште претпостављамо да је дефиниција последња ријеч у погледу одређења садржине појма. У наставку ћемо покушати да образложимо ову софистерију.

3. ПРАВО КАО СУШТИНСКИ СПОРАН ПОЈАМ

У претходном смо дијелу рада говорили о томе како заузимање филозофске (метаправне) перспективе у одређењу основних појмова није нешто ново у правној теорији. Дефиниција појмова какав је појам права изгледа да нужно подразумјева ангажовање читавог низа повезаних појмова који су неријетко и сами проблематични. Изгледа да је општа карактеристика дебата у вези с појмом права да они који појам употребљавају покушавајући да га дефинишу, настоје „једном заувијек фиксирати критеријуме његове исправне употребе“.[24] Чини се да је управо спорност једна од ријетких карактеристика појма права која у правној теорији истрајава упркос метаправним окретима теоретичара. Ако је тако, онда нам разумјевање ових дебата може освјетлити не само настојања теоретичара права у погледу дефинисања, већ нам може нешто рећи и о садржају самог појма у питању. Вријеме је да подробније изложимо оквир за који нам по

[22] M. Freeden, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford University Press, Oxford 1996, 48.

[23] Вид. J. Raz (1998), 255 256.

[24] J. N. Gray, „On the Contestability of Social and Political Concepts“, *Political Theory* 3/1977, 332.

претпоставци може послужити као објашњење појмовних дебата у правној теорији и филозофији.

О спорности као о суштинској карактеристици појмова социјалне филозофије и теорије први пут изричито говори Волтер Брус Гали (*Walter Bryce Gallie*) у часопису *Meeting of the Aristotelian Society* 1956. године. Галијев ће рад имати огроман утицај на потоња струјања у политичкој филозофији и одредити начин на који ће појмови политичких теорија и идеологија бити анализирани све до данас. Но, у правној ће теорији он практично остати непрочитан; ријетке референце на Галијев текст налазимо код Роналда Дворкина.[25] Нема сумње да је и сам аутор допринео овом занемаривању, побрајајући без неког посебног образложења или уочљивог критеријума појмове који се не могу окарактерисати као суштински спорни.[26] Било како било, ми ћемо се у наставку позабавити управо питањем колико нам Галијев оквир анализе суштинских спорних појмова може помоћи да разумијемо дебате у правној теорији и филозофији.

Гали наводи пет услова који се морају стећи да бисмо о једном појму говорили као о суштински спорном: 1. он мора означавати неко вриједновано достигнуће, односно бити евалуативан (*appraisive*),[27] тј. не смије бити просто дескриптиван; 2. достигнуће које појам означава мора бити комплексно, 3. достигнуће мора бити почетно могуће описати на различите начине који у себи не садрже ништа апсурдно или контрадикторно, 4. вриједновано достигнуће чији се појам одређује мора бити такво да дозвољава значајне промјене у свијетлу промјењених околности, с тим да те промјене не могу бити предвиђене унапријед, 5. свако ко употребављава појам у одређеном значењу мора признавати чињеницу да је његова употреба појма спорна за друге и на неки начин признавати за валидне критеријуме под којима други употребљавају појам (тј. мора бити свјестан да његова употреба појма мора бити „одржавана“ насупрот осталим употребама).[28] Додатно, како би се суштински спорни појмови разликовали од појмова који су просто „радикално конфузни“, Гали на-

[25] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, Cambridge MA 1977, 103.

[26] D. Collier, F. D. Hidalgo, A. O. Maciuceanu, „Essentially contested concepts: Debates and applications“, *Journal of Political Ideologies* 3/2006, 215.

[27] Глагол *apprise* значи „одредити или утврдити вриједност, значај, статус нечега“ (*Merriam Webster Online Dictionary*). Придјев *apprisive* би се стога у овом контексту могао превести као „евалуативан“. Гали је ријеч углавном користио да би означио да се појам употребљава у позитивној конотацији (тј. за означавање вриједног постигнућа) што му Мајкл Фриден приговара, али већ само значење ријечи оставља довољно простора за сличну интерпретацију и без Фриденове интервенције. Вид. M. Freeden, 55 56.

[28] W. B. Gallie, 171 172.

води још два услова: 1. сваки суштински споран појам мора бити изведен из неког „оригиналног примјерка“ (*exemplar*) чији ауторитет признају све сукобљене стране које употребљавају појам, 2. вјероватноћа или плаузибилност тврдње да „такмичење“ које за циљ има признање међу сукобљеним странама које појам употребљавају води или одржавању достигнућа „оригиналног примјерка“ или пак његовом развоју ка оптималном значењу.[29]

Већ самим насловом рада и коришћеном терминологијом заведени смо у одређеној мјери на погрешан траг. Прије свега, Гали се својски труди (и добрим дијелом успјева у томе) да избјегне било какву метафизичку претпоставку у вези с појмовима о којима говори. Спорност није нека интринзична карактеристика појма у питању већ је „свака исправна употреба појма [...] спорна“.[30] Сви услови који су постављени да бисмо један појам назвали суштински спорним, тичу се прије свега његових конкурентских употреба, тј. не тичу се толико карактеристика самог појма, колико се тичу карактеристика појмовне дебате. Нема сумње да се Гали заиста нада да ова категоризација појмова представља напредак у њиховом објашњавању,[31] али је његова нада заснована на претпоставци да сазнајући нешто о дебати у вези са исправном употребом појма сазнајемо нешто и о самом појму у питању. Но, примјена услова за суштинску спорност нас не води садржају појма, већ само одговору на питање да ли се један појам може назвати суштински спорним или не. Утолико је, по конвенционалним мјерилима, хеуристичка плодност овог оквира проблематична, а сам садржај појмова које назива суштински спорним изван дохвата Галијеве анализе.[32] Додатан проблем представља и то што нема сумње да је спорно и само Галијево излагање услова које је неопходно испунити да бисмо један појам назвали суштински спорним; сасвим је извјесно да чланак није замишљен као хипотеза коју треба провјеравати, већ прије као оквир за разумјевање спорова у социјалној филозофији.[33] Свака другачија интерпретација вриједности Галијевог подухвата сваки пут промаши његову суштину и чини га неупотребљивим.

---

[29] *Ibid.*, 180.

[30] *Ibid.*, 169.

[31] *Ibid.*, 188.

[32] Ова наизглед тривијална запажања су условљена интерперетацијама Галијевог чланка у критичкој литератури у којој се често може прочитати да је употребљивост карактеризације једног појма као суштински спорног у излагању садржаја тог појма критеријум за то да ли тај појам треба класификовати као суштински споран. K. M. Ehrenberg, „Law is Not (Best Considered) an Essentially Con tested Concept“, *http://works.bepress.com/kenneth ehrenberg/1*, 2009. У наставку ћемо детаљније образложити зашто то становиште није прихватљиво.

[33] D. Collier et al., 215.

Из досадашњег излагања је јасно да је појам права споран појам; неопходно је дакле размотрити да ли је он суштински споран, тј. да ли га је могуће уклопити у Галијев оквир. Формулисаћемо претходно наведене критеријуме суштинске спорности као питања на која ћемо покушати да одговоримо: 1. Да ли се појмом права мисли неко вриједновано постигнуће? Ако се руководимо Галијевим разматрањем демократије као суштински спорног појма, чини се да је тако.[34] Радбрухово (*Gustav Radbruch*) схватање законског неправа[35] и Фулерово (*Lon Fuller*) разматрање унутрашње моралности права,[36] говоре недвосмислено у прилог томе да јуснатуралисти без изузетка сматрају да појам права подразумјева неко вриједновано достигнуће. С правним позитивизмом је ствар знатно сложенија, али се може показати да је појам права за Келзена, Харта и Раза такође евалуативан, упркос томе што право начелно одвајају од морала. Шта би друго значило Келзеново схватање права као скупа заповјести које треба да обезбједе мир или Хартово разликовање примарних и секундарних норми ако не да је појам права, бар у смислу правног важења и односа с неким основним вриједностима, у Галијевом смислу евалуативан. Изгледа да без обзира да ли се ради о правном морализму или правном позитивизму, појмом права мислимо неко вриједновано достигнуће.[37] 2. Да ли је појам права комплексан у смислу могућности бројних дескрипција достигнућа на које се односи? Поменули смо, бавећи се класичним начином дефинисања, да се из различитих перспектива појединим аспектима права придаје сасвим различит значај. Додуше, такође смо нагласили да дебату између оних које приступају дефинисању на овај начин из строго ло-

[34] W. B. Gallie, 184.

[35] Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980, 281 293.

[36] L. Fuller, *Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969, 33 94.

[37] Да бисмо ову тему исцрпили до краја, били бисмо принуђени да детаљно објаснимо методолошки спор у англосаксонској јуриспруденцији између заступника дескриптивне методологије и њених критичара. Једна страна у овом спору тврди да је право могуће описати врједносно неутрално, док друга, слиједећи Дворкина, сматра да је право „од врха до дна“ интерпретативно. Р. Дворкин, *Царство права*, ИП „Филип Вишњић“, Београд 2003, 102. У вези с овим проблемом вриједи свакако погледати разматрања Клауса Фисера (*Klaus Füßer*) који слиједи Мекормика (*Neil MacCormick*) у приписивању моралне вриједности праву (тј. правном систему) као цјелини, чиме се на методолошком нивоу доводи у питање позитивистичка теза о одвојености права и морала. Klaus Füßer, „Farewell to Legal Positivism“, *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (ed. Robert P. George), Oxford University Press, Ox ford 1996, 125. Ипак, ако узмемо у обзир позицију коју смо овдје заузели, сматрамо да није неопходно улазити у детаље, прије свега због тога што се критеријуми суштинске спорности тичу појмовне дебате а не самог појма или ентитета који појмом мислимо. У сваком случају, ради се о спору који се неће ријешити у правној теорији, већ у неким сродним и општијим дисциплинама, и који се уз то тиче фундаменталног проблема могућности објективног сазнања у друштвеним наукама.

гичке и методолошке перспективе можемо свести на терминолошку збрку. Но, ако се вратимо позитивизму и јуснатурализму, видјећемо да је оно на шта се појам права односи могуће описати на различите начине без западања у номинализам. Тако ће Остин (*John Austin*), описујући право, у први план истаћи заповјест законодавца,[38] Радбрух усмјереност на правду као вриједност,[39] Харт правило признања као критеријум важења примарних норми,[40] а Фулер ће нагласити да је право заправо подухват потчињавања људског дјеловања владавини правила.[41] 3. Да ли је достигнуће које се појмом права мисли могуће описати на различите начине који у себи нису логички противрјечни? Јуснатуралистичке и позитивистичке теорије нарочито након аналитичког окрета у правној теорији карактерише строгост у аргументацији. Сасвим је јасно да се описи појма права које дају правни позитивисти и јуснатуралисти могу се третирати као бољи или гори, али никако и као логички противрјечни у себи.[42] 4. Да ли достигнуће које се појмом права мисли подразумјева могућност промјене у свијетлу промјењених околности, тј. да ли је појам како Гали каже „отворен“ по свом карактеру? Довољно је да се сјетимо шта је све у правној традицији имало снагу закона (тј. шта се све подразумјевало под правом) и да једноставно утврдимо да се „достигнуће“ на које се појам односи не може омеђити у погледу могућности или извјесности његове промјене. Утолико је појам права по свом карактеру „отворен“. 5. Коначно, да ли су они који употребљавају појам права свјесни другачијих критеријума употребе и да ли признају да се њихова употреба мора бранити у односу на друге употребе? Ако непомирљивост позиција јуснатуралиста и позитивиста које смо изложили није довољна за одговор на ово питање, као илустрација перпетуације подјела у правој теорији уз међусобно признавање супротстављених страна нам може послужити једна Келзенова примједба: „Правни позитивизам није готов нити ће икада бити, као што није готово са природним правом нити ће икада бити. Овај је конфликт вјечан. Историја идеја само показује да

[38] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, University of London, London 1832, vii.

[39] Г. Радбрух, 44.

[40] H. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994 (1961), 92.

[41] L. Fuller, 96.

[42] Дворкин у *Царству права* такође претпоставља три конкурентска поимања права: конвенционалистичко, правно прагматичко и схватање права као интегритета, што се у потпуности уклапа у Галијев трећи критеријум. Р. Дворкин (2003), 125. На сличан начин, Коулмен своди дебате у аналитичкој јуриспруденцији на дискусије између неколико супротстављених али међусобно повезаних табора позитивисти и јуснатуралисти, реалисти и формалисти, позитивисти и интерпретативисти итд. J. Coleman, (2009), 359 360.

некада једна, а некада друга позиција стиче предност“.[43] Појам права испуњава, дакле, и пети критеријум суштинске спорности.

Испуњавање претходних критеријума *prima facie* указује на то да је појам права могуће уклопити у Галијев оквир и на основу тога тврдити да се ради о суштински спорном појму. Преостали критеријуми се не тичу саме суштинске спорности, већ искључиво служе као оруђе за дискриминацију између појмова који су суштински спорни и појмова који су само, како Гали каже, радикално конфузни. Иако нема сумње да појам права испуњава и услове дате у двије последње ставке које смо навели, ми нећемо посебно покушавати да право уклопимо у преостале критеријуме из неколико разлога. Најспорнија ставка Галијеве анализе управо је садржана у овим додатним критеријумима; ради се наравно о поменутом „оригиналном примјерку“ који би учесници у дебати требало да имају на уму приликом конкурентских употреба појма. Гаус тврди да се Гали позивањем на оригинални примјерак вратио у концептуално-реалистичке воде из којих је покушао да исплива.[44] Но, оригинални се примјерак не мора схватити на тај начин; из примјера које Гали користи види се да не настоји избјећи радикалну конфузију на начин постулирања једног несумњивог достигнућа с тачно одређеним карактеристикама које би све стране у дебати могле назвати правом (или демократијом, сувереношћу и сл.). Сврха упошљавања овог помало рогобатног израза је прије свега негативна – „оригинални примјерак“ нам помаже да 1. појам разлучимо од других појмова уз 2. избјегавање метафизичких и ванконцептуалних критеријума и прибјегавање историјским. У погледу појма права се овај израз не мора нужно односити само на неки правни систем или правну традицију, већ може означавати и неко раније поимање права које је значајно за актуелну правнотеоријску дебату.[45] Нама је важно истаћи да одстрањење два последња критеријума није учињено како би излагање о праву као суштински спорном појму било кохерентније. Иако (не)испуњавање последња два услова не доводи у питање суштинску спорност појма права, појам права испуњава те услове бар онолико колико Гали тврди да их испуњава појам демократије.[46]

---

[43] Вид. P. Koller, 180.

[44] G. Gaus, 32.

[45] J. Waldron, (1994), 533.

[46] Ево на који начин Гали образлаже адекватност последња два услова у случају појма демократије: „(VI) Ове се употребе појма позивају на ауторитет примјерка, тј. на ауторитет дуге традиције (или пак на одређен број историјски независних али у довољној мјери сличних традиција) или захтјева, аспирација, револта и реформи које имају заједнички анти неегалитаристички (*sic!*) карактер; да бисмо видјели како неодређеност ове традиције не дотиче утицај примјерка, довољно је запазити колико је само различитих политичких покрета тврдило да

4. ПОЈМОВИ, ПОИМАЊА И ДЕФИНИЦИЈЕ

На основу досадашњег излагања чини се несумњиво да појам права из перспективе правне теорије можемо уклопити у Галијев оквир и тврдити да је он суштински споран. Сасвим је јасно да је у критеријумима изразит нагласак стављен на дескрипцију; нити један од њих не подразумјева анализу нечега другог до дебате у вези с појмом, нити у принципу захтјева од нас вриједновање било које врсте.[47] Како онда схватити различито коришћење појмова у оквиру различитих праваца у правној теорији?

Дио одговора на ово питање нам између осталих дају Дворкин[48] и Ролс (*John Rawls*)[49] у разликовању појма и поимања (тј. концепта и концепције), на основу чега бисмо могли разликовати појам права и поимања права (и даље, како предлаже Петер Колер ослањајући се на друге ауторе, између „поимања права“ и „поимања појма права“).[50] Суштина је овог разликовања да говоримо о појму када постоји минимална сагласност у вези с његовим садржајем, а о поимању када је тај садржај интерпретиран на одређени начин. Могло би се учинити да сагласност у вези с минималним садржајем

инспирацију црпи из Француске револуције (VII) Можемо ли на крају додати и то да трајно такмичење за признање међу ривалним употребама популарног концепта демократије води *оптималном* развоју нејасних циљева и конфузних постигнућа демократске традиције?“ (на друго питање се у наставку текста даје генерализован позитиван одговор који се односи на неколико појмова који су предмет анализе), W. B. Gallie, 186.

47 Ово је мјесто итекако спорно у критичкој литератури. Џон Греј сматра да дескриптивни критеријуми за суштинску спорност у крајњој линији воде нихилизму у погледу могућности разрјешења појмовних дебата и даје своје критеријуме који по њему „слабе“ Галијево схватање, али се уклапају у традицију појмовне дебате у филозофији. Оставићемо за сада по страни Грејове приговоре како бисмо навели три услова за суштинску спорност која он предлаже: 1. да је појам могуће идентификовати од стране оних који га користе позивањем на заједничко кључно значење, и да је његова историја обиљежена трајним и наизглед неотклоњивим расправама о критеријумима његове исправне употребе (тј. несводивост расправа о дефиницији), 2. да се учесници у тој расправи о дефиницији уобичајено не слажу у погледу читавог скупа контекстуално повезаних концепата, уз то да ова неслагања нису случајна, већ имају тенденцију међусобне повезаности (тј. условљеност конфликта шаблонима мишљења повезаним с ривалним формама друштвеног живота), 3. суштинска спорност указује на дивергенције у погледима на свијет које су очигледне у споровима у погледу дефиниције концепата у питању (тј. сукобљени шаблони мишљења који зависе од филозофских теза и расуђивања), J. N. Gray, 344 345. Из нашег је излагања сасвим јасно да је и по овим критеријумима појам права суштински споран, можда чак и недвосмисленије него по Галијевим.

48 Р. Дворкин, (2003), 102.

49 Џ. Ролс, *Теорија правде*, ЦИД, Подгорица 1988, 27.

50 P. Koller, 182; Вид. C. Swanton, „On the „Essential Contestedness“ of Political Concepts“, *Ethics* 4/1985, 811 827

значи исто што за Галија значи оригинални примјерак. То ипак није случај. Мајкл Фриден (*Michael Freeden*) је на добром трагу када претпоставља да сваки појам мора на неки начин садржати „нужне“ карактеристике и „квазиконтингентене“ карактеристике. Ова нужност, дакако, није логичка или метафизичка, него конвенционална и језичка – састоји се у чињеници што све познате употребе појма укључују одређени минимални садржај као предуслов саопштивости и комуникације. „Неотклоњивост“ појединих компонената појма би се унеколико метафорички могла објаснити ријечима: „Да бисмо изразили несагласност, неопходно је да се претходно разумијемо“.[51] Ако претпоставимо да је овим поновљена тврдња о центру и периферији (полусјенци) појма, погријешићемо. Валдрон (*Jeremy Waldron*) исправно примјећује да се „термин ‘суштински’ односи на *локацију* неслагања или неодређености: то је спорење о сржи, а не само граници или полусјенци појма“.[52] Спор о појму права није „просто дискусија о случајевима који су маргинални или спадају у полусјенку између особа које су сагласне о суштини“.[53] Појам ће у уобичајеној употреби често садржати више „нужних“ карактеристика јер „утврђени културни, историјски и друштвени контексти у којима се ријеч појављује по претпоставци намећу већини корисника заједничка или преклапајућа поља употребе којих се ови не могу лако ослободити“.[54] Како је појам немогуће свести на овај минимални садржај, различита се поимања истог појма практично подразумјевају. Ипак, елиминисати овај минимални садржај по Фридену „значи залетјети се против свих употреба појма“,[55] па чак, можемо додати, и против његове употребе уопште. Но, подразумјевани минимум садржине који је, чини се, нужно претпоставити не значи превише; тек поимање појма омогућава одговарајуће објашњење онога на шта се појам односи.

Подсјећања ради, поменимо да смо чланак почели излагањем неколико приступа у дефинисању, како бисмо указали на мањкавости радикалних методолошких обрта у одређењу појма права и преусмјерили разматрање на темељна обиљежја методолошких, дефиницијских и појмовних дебата. Очигледно је да смо тиме на посредан начин девалвирали значај дефиниције кључних правних појмова и истакли значај различитих поимања за разумјевање појма у питању. Покушаћемо укратко изложити и однос између дефиниције

51 T. A. O. Endicott, „Herbert Hart and the Semantic String“ *Legal Theory* 3/1998, 283.

52 J. Waldron, „Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Flori da)?“ *Law and Philosophy* 21/2002, 149.

53 J. Waldron, (1994), 529.

54 M. Freeden, 52.

55 *Ibid.*, 62 63.

и поимања, како бисмо уоквирили разматрање и оставили простор за одговоре на неколико значајних и до сада занемарених питања.

1. Дефиниција, у свијетлу схватања појма права као суштински спорног, може имати једну претеоријску функцију, тј. може нам понудити основ за неку врсту сагласности о томе шта спада у област дискурса о праву.[56] У том би смислу она представљала већ једно поимање онога што смо с Фриденом назвали „нужним“ карактеристикама појма. Но, сагласност ове врсте је могућа само као прихватање једног поимања појма, а никако као дефинитивно утврђење његове садржине. Нешто другачије постављено, дефиниција би могла служити као топос који може бити предмет сагласности великог броја учесника у дебати о појму права, на основу којег би се могла изградити различита поимања.

2. Дефиниција се може схватити и као коначан резултат или сумарни израз једног разрађеног поимања појма права који укључује одговоре на теме значајне у правној теорији и филозофији. Ротлојтнерова (*Hubert Rottleuthner*) тврдња да треба правити разлику између теорије и дефиниције има смисла само ако је поставимо на начин на који смо то претходно учинили, а никако, као што то он чини, ако претпоставимо да у дефиницији одговарамо на питања о томе које норме можемо окарактерисати као правне норме. Такво што већ претпоставља изграђено поимање права.[57] У сваком случају, хеуристичка сврха дефиниције је ограничена; претпоставити, као што се често претпоставља, да је дефиниција последња ријеч у одређењу комплексног појма какав је појам права, уобичајено значи повиновати се оној езотеричности правне струке о којој смо говорили у уводу рада, и тиме или обезвриједити или изгубити из вида динамику и сложеност појмовних спорова у правној теорији.[58]

---

[56] H. Rottleuthner, *A Treatise on Legal Philosophy and General Jurisprudence vol 2,* Springer, Dordrecht 2005, 8.

[57] *Ibid.*, 12.

[58] Ваља примјетити на крају ове расправе да је категоризација концепата коју је Серл (*John Searle*, 1932) предложио у свом дјелу „The Construction of Social Real ity“ коришћена од стране Брајана Лајтера (*Brian Leiter*, 1963) као прилог тези да су покушаји дефинитивног утврђивања границе између права и морала бесмислени (необјављени чланак насловљен „Проблем демаркације у јуриспруденцији: нови аргументи у прилог скептицизму“ представљен на конференцији „Неутралност и теорија права“ одржаној у Ђирони, Шпанија, 21. мај 2010). По Серлу, можемо разликовати двије врсте појмова у зависности од врсте чињеница на које се односе, тј. у зависности од тога да ли се односе на природне или друштвене чињенице. У случају друштвених чињеница „став који заузимамо у односу на феномен је дјелимично конститутиван за сам феномен“, J. Searle, *The Construction of So cial Reality*, The Free Press, New York 1995, 33. Галијев би се став о суштинској спорности могао уклопити у Серлов опис друштвених (или вјештачких) појмова на тај начин што дебате о појму дијелом сачињавају друштвену чињеницу на коју се

5. ПОСЛЕДИЦЕ СХВАТАЊА ПОЈМА ПРАВА КАО СУШТИНСКИ СПОРНОГ

Остало је неколико важних питања на која је неопходно одговорити како бисмо на одговарајући начин окончали наше разматрање. Прије свега, упитно је да ли има користи од оваквог разумјевања појма права. Такође, може се поставити питање да ли ово схватање подразумјева нихилизам у погледу могућности коначног разрјешења појмовних дебата у правној теорији. И на крају, треба одговорити да ли је спорност штетна за правну теорију.

У првом реду, дакле, треба нешто рећи о томе који значај за дебате у теорији права има придавање атрибута суштинске спорности једном појму. Најзначајнија последица прихватања овог схватања јесте свакако довођење у питање концептуалног реализма без западања у некакав терминолошки конвенционализам или номинализам. Суштинска спорност објашњава правнотеоријски плурализам поимања једног појма, и тиме га у одређеној мјери легитимише. По Галију, оваква категоризација појмова социјалне теорије и филозофије има „потенцијално трајну критичку вриједност за нечије коришћење или интерпретацију појма у питању“.[59] Додатно, он сматра да се у условима када је суштинска спорност појма призната, може у најмању руку очекивати „повећање квалитета аргумената у дебатама између супротстављених страна“.[60] Чак ако „ослабимо“ оквир суштинске спорности тако што ћемо дозволити могућност рационалног разрјешења спорова у поменутим областима, као што то чини Џон Греј (*John N. Gray*), остаје нам да представа о суштинској спорности наглашава значај „проучавања појмовних веза између различитих начина мишљења и начина живота појединих друштвених група“,[61] те би напуштање ове идеје „осиромашило проучавање централних идеја социјалне и политичке филозофије“.[62]

Ове се последице схватања једног појма као суштински спорног односе прије свега на дебату у вези с појмом. Но, Галијево разматрање, по његовој изричитој намјери, има далекосежне последице и на схватање рационалности које стоји у подлози покушаја утврђивања садржаја једног појма:

појам односи. Ипак, ако упоредимо Серлова натуралистичка опредјељења и у овом чланку изнијето гледиште о условљености појмова њиховим положајем у оквиру различитих поимања појма и односом с другим појмовима, овај би се однос могао показати комплекснијим. Ово су наравно питања која у оквирима овог чланка не могу бити детаљније разматрана.

[59] W. B. Gallie, 193.

[60] *Ibid.*

[61] J. N. Gray, 345.

[62] *Ibid.*, 344.

> „Разум је, према великом броју значајних филозофских гласова, суштински нешто што захтјева и заслужује универзално прихватање; манифестација онога што сачињава јединство међу људима и/или истрајно трагање за вјеровањима која би теоријски могла бити прихваћена као задовољавајућа од стране свих људи. Ово схватање разума може бити одговарајуће уколико је наша основна брига манифестација разума у науци; уколико је пак наша брига да опишемо елементе разума који омогућавају дискусију о религијским, политичким и умјетничким проблемима, ово нас схватање у потпуности оставља на цједилу“.[63]

Основна је Галијева намјера да се супротстави управо једном оваквом схватању разума и да легитимише несагласност у теорији и филозофији. Утолико је разумјевање појма права као суштински спорног компатибилно с Дјуијевим (*John Dewey*)[64] и Перелмановим (*Chaïm Perelman*) антиформализмом,[65] као и са Дворкиновим разумјевањем права као интегритета (и интерпретативне методологије коју ово гледиште подразумјева). Разумјети појам права као суштински споран је из ове перспективе још једна (концептуално-аналитичка) „цигла“ у згради правог антиформализма, тј. корак даље у разумјевању права као дијалектичког (у Перелмановом, тј. у класичном смислу) подухвата.

Пређимо на питање могућности коначног утврђивања значења појма у питању. Гали, у недостатку неког општег принципа на основу којег бисмо могли одлучити о томе које је поимање једног појма најбоље, искључује могућност универзалне сагласности о садржају и употреби суштински спорног појма.[66] Суштинска спорност примјењена на појам права подразумјева да се дебате у вези с појмом не могу коначно разријешити позивањем на логичке, лингвистичке па чак ни емпиријске аргументе. Ово је, на неки начин, природна последица одбијања могућности аналитичког расуђивања у вези са појмовима социјалне теорије и филозофије. Тврдња појединих аутора да је најбоље избјећи ову категоризацију када је право у питању, заснива се на вјери у дескриптивну методологију карактеристичну за савремени правни позитивизам. Дебате у вези с појмом права, по овом схватању, могу бити разрјешене управо позивањем на емпиријску евиденцију о праву као друштвеној институцији. Но, чак они позитивисти који своја схватања права граде на овој методолошкој претпоставци, не искључују у потпуности вриједносна

63 W. B. Gallie, 196.

64 J. Dewey, „Logical Method and Law.“ *Cornell Law Quarterly* 10/1924, 17 28.

65 Х. Перелман, „Правно расуђивање“, *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд 1983, 95 104.

66 W. B. Gallie, (1956), 189; J. Kekes, (1977), 85.

разматрања, већ просто инсистирају на томе да разумјевање права не подразумјева заузимање чврстих вриједносних становишта.[67] Ово разликовање између чврстих вриједносних судова и вриједносних судова уопште може бити значајно ако нам је намјера да критикујемо Дворкиново схватање права као интерпретативног подухвата, али не може оспорити карактеризацију појма права као суштински спорног. Напротив, ако и савремени позитивисти прихватају да су судови вриједности неизбјежни у било ком покушају разумјевања појма права, онда појам несумњиво испуњава Галијеве критеријуме суштинске спорности. Ово је на три начина релевантно за одговор на претходно постављено питање. 1. Управо то што се спорови о појму права не своде на спорове о периферији појма, говори о томе да један универзално прихваћен опис права није у оптицају у правној теорији. 2. То што дескриптивна методологија има своје мјесто у разумјевању права не значи по аутоматизму да сам појам права није суштински споран. 3. Све у свему, суштинска спорност не подразумјева нихилизам у погледу могућности бољих поимања права, већ одлуку о томе да ли је неко схватање боље или лошије премјешта у домен сагласности заједнице правника и правних теоретичара, који ће са своје стране једно поимање права цијенити на основу његове способности да објасни основне правне појмове и правну праксу. Ако бисмо ишли даље, могли бисмо с Галијем тврдити да „може изгледати да је коришћење неких евалуативних појмова предиктивно; но мислим[о] да овај изглед увијек вара“,[68] тј. да је појам права евалуативан и онда када неко емпиријско објашњење појма ужива сагласност у оквиру правне теорије.

Инсистирање на једној акуратној, адекватној, нециркуларној, несликовитој и јасној дефиницији појма права јесте легитимно само у случају да претпоставимо да је дефиниција последња ријеч у погледу одговора на питање о суштини или природи права. Но, ово свакако није случај. Дефиниција, као и цјелокупна методологија коју у правној теорији користимо, је подложна критеријуму хеуристичке употребљивости. Ми смо умјесто питања о суштини, употреби и значењу у овом раду озбиљно узели појмовне дебате у вези с појмом права, схватили их као дебате у вези с једним суштински спорним појмом и у складу с тим избјегли концептуално-реалистичку претпоставку да је једна једина дефиниција тог појма могућа и вјероватна. Аутори „Увода у право“ најчешће се поводе оном претпостављеном прецизношћу и таксономичношћу струке, када студентима покушавају презентовати једну готову, свеобухватну, синтетичку дефиницију. Видјели смо да је изводљивост таквог подухвата у најмању руку проблематична. Утолико нам остаје да од-

67 K. M. Ehrenberg, 48.

68 W. B. Gallie, 197.

говоримо на једно важно питање: Да ли је појмовна спорност штетна за право? Одговор већине правника практичара би био позитиван – правна сигурност подразумјева извјесност у погледу примјене правних правила, те је спорност у праву не само непожељна, већ угрожава једну од најзначајнијих правних вриједности. Ако и занемаримо Валдроново аргументовано супротстављање овом гледишту које се окончава увидом да „је поента правног правила понекад да отвори дискусију, умјесто да је ријеши“,[69] цјелокупна аргументација коришћена у претходним редовима говори у прилог томе да је, ако се водимо разлозима научне коректности, суштинска спорност појма права неспорна.

На крају, последице схватања права као суштински спорног појма су далекосежне како у погледу разумјевања правне теорије као академске дисциплине, тако и у погледу њене упућености на сродне области. Претпоставка о централном мјесту правнотеоријске дебате у одређењу кључних правних појмова приближава правну теорију општој и политичкој филозофији, а дистанцира је у одређеној мјери од правне догматике. Методолошки монизам какав проповједа Келзенова чиста теорија права или пак дескриптивна методологија савремених позитивиста, своди правну теорију у крајњој линији на још једну позитивноправну дисциплину која има задатак да право објасни, некритички одбацијући идеју да се оно у основи може само разумјети. А разумјевање права увијек подразумјева заузимање метаправне позиције, што чини правну теорију зависном од разрјешења суштинских проблема у општијим филозофским дисциплинама. Наравно, могућност коначног разрјешења темељних проблема епистемологије, гносеологије и логике јесте све само не извјесна. Коначно, ако задатак јуриспруденције схватамо као потрагу за извјесношћу, нужношћу или универзалном сагласношћу, онда морамо признати, парафразирајући позног Хусерла (*Edmund Husserl*), да је сан о правној теорији као строгој науци одсањан.

[69] J. Waldron, (1994), 539.

Bojan Spaić, M.A.

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

ON THE ESSENTIAL CONTESTEDNESS OF THE CONCEPT OF LAW: GALLIE'S FRAMEWORK APPLIED TO THE CONCEPT OF LAW

Summary

The main focus of this article is to examine inadequacies of different approaches in defining the concept of law in legal theory. The author suggests that by categorizing the concept of law as an essentially contested concept, one may account for permanent conceptual disputes in legal theory. The author claims that the concept of law fits five descriptive criteria for essential contestedness suggested by Bruce Valter Gallie. He further argues that by adopting this point of view one deflates the value of definitions, understood in terms of necessary and universally valid explanations of a concept, and emphasizes the importance of different conceptions of the key concept in legal theory.

Key words: *Concept of law*. – *Essentially Contested Concepts*. – *Legal Theory. – Philosophy of Law*.

УДК 342.24(4-672EU) ; 061.1EU

Мр Бојан Ковачевић

асистент Факултета политичких наука Универзитета у Београду
kovacevic.bojan.bg@gmail.com

ТЕОРИЈСКЕ ДИЛЕМЕ НА ПУТУ ИЗГРАДЊЕ ЕВРОПСКОГ УСТАВА У ОДСУСТВУ КОНТИНЕНТАЛНОГ ДЕМОКРАТСКОГ СУВЕРЕНА

*У контексту изучавања процеса европске интеграције, чија емпиријска стварност већ више од пола века успешно избегава да понуди одговор на диле му свог политичког финалитета***,** *овај рад настоји да расветли значај следећег питања: колико су се приближила два наизглед антиномијска концепта фе дералног устава   федерални устав као одлука демократског суверена који је кроз историју постао свестан своје политичке егзистенције, и федерални устав схваћен динамички, као отворени непрекидни процес делиберирања и по траге за консензусом између територијално и нетериторијално организованих заједница интереса? С једне стране, показује се да антиномија уговор устав остаје скучена у логици чувене федералне дилеме Џона Калхуна   коме и на основу чега грађани, у крајњој инстанци, дугују верност и послушност у оквиру једне федералне заједнице? Пракса европског уједињавања, које већ више од пола века упорно настоји да изађе из орбите тог питања, постаје све теже ухватљива за ову традиционалну теоријску дистинкцију. С друге стране, раз мотрене су недостатности, као и еманципаторски потенцијали алтернатив них теоријских концепата федералног пакта и уговорног федерализма, који стоје с оне стране дилеме „чувара европских уговора“. У времену изградње претпоставки трајног мира и плодотворне економске интеграције у Европи, идеја „федерализма без уставности“ одговарала је изнијансираној политичкој збиљи процеса интеграције. Но, једном када се проширена ЕУ суочила са про блемима који више нису само економски, већ и уједно суштински политички по својој природи, ова идеја је све више почела да се премешта у сферу утопије.*

Кључне речи: *Устав Европе.   „Чувари уговора“.   Федерални уставни пакт. Уговорни федерализам.   Демократски дефицит.*

1. ФЕДЕРАЛНИ УГОВОР ИЛИ ФЕДЕРАЛНИ УСТАВ

Суштинска разлика између довршених и недовршених политичких заједница стоји у непосредној вези с два супротстављена концепта федералног друштвеног уговора. Један концепт представља *федерални Уговор,* као променљиви резултат перманентног федералног процеса потраге за општим сагласјем између консоцијативних заједница. Други појам је *федерални Устав,* као резултат конкретне историјске одлуке, којом се конститутивне чланице у тоталитету своје политичке егзистенције добровољно интегришу у трајни федерални поредак. Филозофски корени ове темељне дистинкције могу се пронаћи у посве различитим идејама друштвеног уговора развијеним у радовима Јохана Алтузија (*Johannes Althusius*), као утемељивача федералне мисли, и Томаса Хобса (*Thomas Hobbes*), као класичног филозофа апсолутне државе.[1] Нормативни политичко-филозофски спор између Хобсовог захтева за поретком и Алтузијеве тежње за очувањем различитости консоцијалног живота као такве, добио је свој јасан исход на историјској позорници модерног доба. У модерној епохи независних и суверених држава чији уставни темељи

[1] Суштинска разлика између две идеје, које претпостављају да закључивање уговора почива на темељу слободне воље уговорних страна, постаје очигледна једном када се постави следеће питање: Постоји ли могућност да уговорне стра не преиспитају природу, или чак повуку своје чланство из уговором установљене заједнице, једном када се друштвено историјске прилике битно промене у односу на првобитни тренутак склапања споразума? Хобс одлучно одговара да је право на раскидање друштвеног уговора изгубљено једном за свагда пошто грађани одлуче да напусте ратом обележено природно стање и успоставе политичку заједницу. У XVIII поглављу *Левијатана* посвећеном правима суверена као установе, Хобс управо на основу природе склопљеног друштвеног уговора доказује да: поданици не могу да промене облик владавине, суверна власт не може да се изгуби, нико не може а да не учини неправду протествовати против установљења суверена које је прогласила већина, поданик не може праведно да се тужи због суверенових радњи, ма шта су верен учинио, не може бити кажњен од стране својих поданика, суверен одлучује о томе која су учења погодна да се људи њима уче, итд., Т. Хобс, *Левијатан,* Градина, Ниш 1991, гл. XVIII, 181 191.

Насупрот томе, Алтузије инсистира на непрекидној потрази за консензусом, балансом и прилагођавањем правила игре непредвидљивим искушењима друштвене стварности, све док се не постигне споразум свих консоцијација које чине једну сложену јавну заједницу. Алтузије замењује једноставност и извесност једне ап солутно суверене државе, коју су либерални мислиоци попут Хобса схватали као једину гаранцију унутрашњег поретка и спољашње безбедности, са сложеним и не извесним процесом делиберације, преговора, као и потраге за сагласјем. У складу са својим схватањем човека као *homo symbioticus* а, овај дуго времена неправедно занемарени мислилац дефинише политику као „уметност удруживања људи зарад успостављања, неговања и очувања њиховог друштвеног живота. Услед тога она се назива ‘симбиозом’. Основни задатак политике, стога, јесте удруживање“, J. Althu sisus, „Politics as the Art of Associating“, *Theories of Federalism,* Palgrave, New York 2005, 27.

почивају на трајним политичким одлукама прво апсолутних монарха, а потом и народа који су од краја XVIII века постајали свесни своје способности да делују политички, Алтузијева теорија била је скоро у целости занемарена.

У контексту изучавања процеса европске интеграције чија емпиријска стварност већ више од пола века успешно избегава да понуди одговор на дилему свог политичког финалитета, ваља поставити следеће питање: да ли је аналитички плодоносно остати затворен у Хобсову децизионистичку логику изузетног случаја, уколико се жели остварити дубљи увид у уставна обележја система управљања Европске уније? Без претензија да понуди коначан и недвосмислен одговор на ово питање, анализа која следи настојаће да расветли његов темељни значај. Колико су се у контексту политичког система ЕУ приближила два наизглед антиномијска концепта федералног устава – федерални устав као неповратна одлука демократског суверена који је кроз историју постао свестан своје политичке егзистенције, и федерални устав као отворени непрекидни процес саветовања, договарања и потраге за консензусом између територијално и нетериторијално организованих заједница интереса?

Највеће достигнуће досадашње праксе европског удруживања јесте то што је теоријску могућност груписања пријатељ-непријатељ, коју је Карл Шмит (*Carl Schmitt*) искористио како би дефинисао појам политичког, поставила на безбедну удаљеност од друштвене стварности западноевропских држава. Но, тај значајан цивилизацијски помак у европској историји, за разлику од искуства стварања Сједињених Америчких Држава, не представља резултат остваривања неког новог еманципаторског концепта сложене континенталне демократске заједнице. Напротив, знаменити резултати досадашњег тока интеграције у великој мери омогућени су управо успешним избегавањем одговора на питања крајњег извора легитимитета, демократије и политичког идентитета Европске заједнице/уније. То, пак, не значи да је након више од пола века уједињавања у Европи ишчезла претња преношења дилеме „чувара уговора“ из теорије у европску политичку збиљу.[2] Упркос извесној сличности са

[2] Термин „чувар уговора“ неодољиво подсећа на термин „чувар устава“ који је представљао предмет чувеног теоријског спора између Карла Шмита и Ханса Келзена (*Hans Kelsen*), вид. К. Шмит „Чувар устава“ и Х. Келзен „Ко треба да буде чувар устава“, *Карл Шмит и његови критичари* (ур. С. Самарџић), Филип Вишњић, Београд 2001. „Чувар уговора“, који се често може срести у контексту савремених уставних расправа о политичкој природи Европске уније, стоји у вези са „чуваром устава“ утолико што оба термина инсистирају на питању крајњег извора власти, односно на питању *ко у последњој инстанци одлучује* у случају конфликта између различитих носилаца политичке власти. Међутим, постоји суштинска разлика између два појма. У спору између Шмита и Келзена неспорна је претпоставка постојања јединственог народа, као носиоца уставотворне власти. Другим речима, постојање самог устава не доводи се у питање. Стога термин „чувар устава“, за разлику од

Шмитовим појмом „чувара устава“, треба имати у виду да се фигура „чувара уговора“ у контексту европских интеграција односи на једно специфично схватање устава као уговора, које је Шмитова уставна теорија одлучно одбацила.[3] Одлучујућа разлика између уговора и устава јесте у томе што устав обухвата државе чланице у тоталитету њихове политичке егзистенције. Уговором, пак, државе чланице преносе само *део* суверености, задржавајући тако могућност његовог раскидања уколико се њихова права која произилазе из уговора нису довољно заштићена. Кључно је, дакле, да за разлику од устава схваћеног као фундаментална политичка одлука носиоца уставотворне власти, устав схваћен као уговор нужно претпоставља фигуру свог чувара, политичке власти која стоји *изнад* њега и својим одлукама обезбеђује његово поштовање. У том смислу, несумњиво је да у данашњој ЕУ још увек не постоји јединствени европски народ који је доспео до свести о својој политичкој егзистенцији и тако постао носилац уставотворне власти. Али, да ли ће бити могуће одржавати стабилност функционисања управљачког система ЕУ све до момента дубоке трансформације у европској историјској арени, трансформације која би „Европљане“ довела до свести о њиховој способности да делују политички, чиме би и фигура „чувара уговора“ изгубила свој практични смисао? Да ли ће, пак, државе чланице у догледној будућности, активирати своја суверена права, једноставно одбијајући да се повинују заједничким европским правилима или одбацујући уставни ауторитет Суда правде ЕУ? Постоји ли трећи пут који надилази класичну теоријску дистинкцију „уговор-устав“?

Несумњиво је да ће одговор на ова питања у великој мери зависити од друштвено-историјске емпиријске стварности. Но, досадашња историја европских интеграција учи нас да ће тај одговор зависити и од еманципаторских идеја које у емпиријску стварност треба удахнути како би се покидали њени окови.[4] Стога се чини значајним критички размотрити различита нормативна схватања темељних правних аката ЕУ која обележавају савремене теоријске дебате о уставној природи ове недовршене политичке заједнице.

термина „чувар уговора“, има више метафорички смисао. Другим речима, „чувара устава“ не би требало схватити као неку вишу политичку власт која у пракси стоји изнад различитих интерпретација уставних обавеза. Уколико би „чувар устава“ заиста стојао изнад устава, он би се трансформисао у „господара устава“, чиме би и сам појам устава изгубио свој основни смисао. Уместо тога, „чувар устава“ представља за Шмита „*pouvoir neutre et intermediare* који не стоји изнад, него поред других уставних власти, али која је опремљена нарочитим овлашћењима и могућностима утицаја“, К. Шмит, 239.

3 C. Schmitt, *Théorie de la Constitution,* Presses universitaires de France, Paris 1993, 211 233.

4 С. Самарџић, *Европска унија као модел наднационалне заједнице,* Институт за европске студије, Београд 1998, 16.

С једне стране, показаће се да супротстављена теоријска схватања која наглашавају антиномију уговор-устав остају скучена у логици чувене федералне дилеме Џона Калхуна (*John Calhoun*) – коме и на основу чега грађани у крајњој инстанци дугују верност и послушност у оквиру једне федералне заједнице?[5] Проблем с тим приступом налази се у томе што пракса европског уједињавања, које већ више од пола века управо настоји да изађе из орбите тог питања, постаје све теже ухватљива за ову традиционалну теоријску дистинкцију.

Са друге стране, из критичке перспективе биће размотрене недостатности као и еманципаторски потенцијали теоријских концепата *федералног уставног пакта* (*pacte fédératif*) и *уговорног федерализма* (*treaty federalism*), који, снажно инспирисани теоријом и праксом федерализма, стоје с оне стране Калхунове дилеме.

2. СЛОЖЕНИ УСТАВ ЕВРОПЕ НАСПРАМ МЕЂУНАРОДНИХ ЕВРОПСКИХ УГОВОРА

2.1. Идеја сложеног устава Европе: критички осврт

Теоријске дискусије о уставној природи оснивачких докумената ЕУ, које су започеле још у 50-им годинама прошлога века, све се више заоштравају исцрпљивањем могућности негативне интеграције[6] и јачањем потребе за стварањем истинске политичке заједнице. Основно питање јесте да ли су европски уговори у закулисном бирократско-судском процесу већ преображени у европски устав, или, пак, они и даље представљају међународне уговоре у класичном смислу.[7] У том погледу, један заиста интересантан покушај да се темељним правнима актима Европске уније припише уставна природа учињен је увођењем теоријског концепта *сложеног устава Европе* (*la constitution composée de l'Europe*).[8]

Најтежи изазов на који су аутори овог предлога покушали да одговоре налази се у теоријском осмишљавању концепта устава Европе у одсуству државе Европе. Основна теза је да у ЕУ постоје два

[5] J. C. Calhoun, *A Disquisition on Government and Selections from the Discourse,* (ed. C. G. Post), The Bobbs Merrill Company Inc., Indianapolis New York 1978, 92 93.

[6] F. W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?,* Oxford Uni versity Press, Oxford 1999, 45.

[7] Ваља уочити да према обе ове изложене супроставњене теоријске пози ције изрази као што су „европски уставни уговор" или „европски уговор о уста ву" представљају оксимороне. O. Beaud, S. Strudell, „Démocratie, Federalism et constitution", (eds. O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice et S. Strudel), *L'Europe en voie de constitution*, Bruylant, Bruxelles 2004, 26.

[8] P. Ingolf, F. C. Mayer, „De la constitution composée de l'Europe", *Revue tri mestrielle de droit européen* 4/2000.

уставна поретка, национални и супранационални, који остварују неку врсту динамичке осмотичке везе. Другим речима, уместо инсистирања на хијерархијској природи њиховог односа, односно на питању о томе ко у крајњој инстанци одлучује о томе ко одлучује, нагласак се ставља на компатибилност и узајамну допуњивост националних правних система и европског правног система. Истиче се да националне уставе и примарно право Уније треба посматрати као два усклађена елемента јединственог, сложеног и интегрисаног европског уставног система. Једноставно речено, два узајамно повезана нивоа европских уставних норми треба сматрати сложеним уставом Европе. Како би се овакав концепт разумео на прави начин веома је важно нагласити динамичку природу европског уставног процеса, суштински обележеног сталним променама које воде све чвршћој унији европских народа.[9] Овде је, заправо, реч о својеврсној визији конституционализма на више нивоа (фр. *constitutionalisme a plusieurs échelles,* енгл. *multilevel constitutionalism)* који обухвата национални и европски ниво легитимне јавне власти. Основна претпоставка је да се два нивоа власти налазе у сталној интеракцији, остварујући тако снажан узајамни утицај и обухватајући исте грађане или субјекте права.[10]

Већ на први поглед постаје јасно да овај интересантни теоријски предлог представља неку врсту конформистичког објашњења досадашњег тока процеса конституционализације ЕЗ/ЕУ. Другим речима, концепт сложеног устава Европе не антиципира неку врсту фундаменталне или революционарне промене у политичкој структури Уније. Но, поставља се следеће питање: зашто је ауторима било неопходно да користе термин „устав“, који у модерном смислу представља темељну политичку одлуку народа који је постао свестан своје политичке егзистентности, како би објаснили постојећи европски федерални процес уставног надметања и делиберације? Одговор треба тражити у чињеници да је концепт модерног устава инхерентно повезан са модерним захтевом за легитимитетом јавне власти. Стога, сврха увођења појма европског сложеног устава јесте, пре свега, да се понуди одговор на најдубље питање данашње ЕУ, питање темеља њеног легитимитета. Међутим, једном када је постављено питање крајњег извора легитимне власти у Унији ушло се, свесно или не, у сферу чувене федералне дилеме Џона Калхуна – коме и на основу чега грађани, у крајњој инстанци, дугују верност и послушност у оквиру једне федералне заједнице? Ко су уговорне стране европског федералног устава-уговора, државе чланице или европски грађани? Где почива *pouvoir constituant* европске сложене заједнице?

Решење ових дилема пронађено је у концепту „европског друштвеног уговора“, који почива на вољи грађана, а не њихових држа-

[9] *Ibid.,* 631 633.

[10] *Ibid.,* 632.

ва. „Европски устав, не мање него национални устави, произилази, и црпи свој легитимитет, из воље – или консензуса – грађана, и сваки даљи развој у погледу правних темеља Европске уније јесте, у основи и пре свега, ствар грађана“.[11] Намеће се следеће питање: када и на који начин су европски грађани исказали своју политичку вољу за закључивање једног уговора од тако суштинског значаја? „У суштини, преговорима и процедурама ратификације које предвиђају национални устави, грађани држава чланица, представљени својим владама и националним парламентима, или изјашњавајући се на референдумима, успоставили су заједничким договором уговоре о стварању Заједнице и Европске уније, односно једне јавне европске власти која је изворна и аутономна, и чији легитимитет почива искључиво на заједничкој вољи грађана“.[12]

Још од самих почетака процеса европског удруживања било је јасно да би се преношењем проблема свеукупног легитимитета Уније из нормативне сфере у стварност европског уједињења могла произвести парализа система одлучивања. Након источноевропског проширења Уније та конкретна опасност постаје све присутнија, како у свести теоретичара, тако и практичних политичких делатника. Концепт европског сложеног устава покушава да овај темељни проблем европског уједињења разреши тако што ће се на теоријском нивоу улога носиоца уставотворне власти једноставно приписати европским грађанима. Но, поставља се питање да ли су грађани Европе уистину постали свесни своје улоге *pouvoir constituant*. Уколико је одговор негативан, онда се поставља следеће питање: како се од њих може очекивати да остварују улогу крајњих чувара европског друштвеног уговора уколико они уопште нису ни свесни њеног постојања? Тешко би било оспорити да је устав Европе без европског демоса, односно без „Европљана“ свесних своје политичке егзистентности, лишен свог основног елемента – својих субјеката.

Чини се да је адекватан одговор на ове теоријске дилеме понудила емпиријска стварност неуспелог покушаја ратификације Европског уговора о уставу.[13] Наиме, основни аргумент који истичу аутори концепта европског сложеног устава, како би показали да је питање крајњег извора легимитимне власти у Унији већ одавно решено, јесте да су се националне владе, као легитимни представници грађана, донеле заједничку одлуку о склапању европских уговора, као и да су ти уговори ратификовани у националним парламентима, а у неким случајевима и на референдумима. Из те непобитне чињенице извлачи се споран закључак да политичко јединство Уније

---

[11] *Ibid.,* 634.

[12] *Ibid.*

[13] Х. Брункхорст, „Демократија схваћена озбиљно Европа после пропасти Устава“ (прев. Д. Баста), *Анали Правног факултета у Београду* 2/2005, 5 19.

почива на постојању некаквог европског друштвеног уговора, који је успостављен политичком вољом самих грађана. Такође, тврди се да воља европских грађана као целине представља, између осталог, и основ за суprematију европских у односу на националне правне норме. Међутим, једном када су се главне архитекте европске конструкције одлучиле да оду корак даље и усвоје документ који носи назив Европски уговор о уставу, у чијој преамбули пише да он одсликава вољу „грађана и држава Европе", грађани су на референдумима у Француској и Холандији промптно одбацили цео пројекат. Све док су главни доносиоци одлука избегавали питање крајњег извора легитимне власти у Унији систем је функционисао углавном стабилно. Постојање такозваног пермисивног консензуса (*permissive consensus*) међу равнодушним грађанима држава чланица у погледу продубљивања процеса интеграције, поједини аутори представили су као вршење улоге носиоца уставотворне власти. Но, први пут када су грађани добили могућност да отворено потврде своју антиципирану улогу чувара европског друштвеног уговора, они су то глатко одбили на народним референдумима. Тешко би било оспорити да ова чињеница доста озбиљно доводи у питање основне премисе идеје о европском сложеном уставу.

Треба рећи да, с једне стране, концепт европског сложеног устава уистину уноси неке иновативне елементе у теоријске дебате о уставној природи ЕУ. Најзначајнији допринос јесте премештање фокуса с питања нормативне хијерархије на могућности усаглашавања два уставна нивоа ЕУ, националног и супранационалног. Увођењем концепата *сложеног грађанства* и *сложеног суверенитета Европе* овај предлог, на један иновативан начин, донекле избегава да уђе у неразмрсиво клупко бескрајних дебата о истинским обележјима суверенитета.[14] С друге стране, пак, чини се да је најслабија тачка ове теоријске замисли, парадоксално, управо у њеном покушају да пронађе одговор на најзначајнији изазов – питање крајњег извора легитимне власти у Унији. Користећи се концептом модерног устава како би описао европске уговоре и поверавајући улогу *pouvoir constituant* европским грађанима као целини, овај предлог или искривљује чињенице сложене и изнијансиране политичке стварности, или једноставно лишава ове класичне политичко-филозофске појмове њиховог основног смисла.

2.2. Европски уговори као класични међународни уговори

Уколико се до краја доследно прати став да европско друштво још увек није задобило свест о свом политичком постојању, те још увек није у могућности да себи подари устав, долази се до супротног табора европске уставне мисли, који инсистира да јединство Уније

[14] P. Ingolf, F. C. Mayer, 644.

почива на класичним међународним уговорима, чије су државе чланице неприкосновени чувари.[15]

Основни аргумент овог правца мишљења јесте да европски уговори не испуњавају један од два одређујућа аспекта модерне уставности, тачније: онај демократски, који захтева да народ својим директним пристанком обезбеди легитимитет уставом установљеној политичкој власти.[16] Премда европски уговори испуњавају захтев модерне уставности који се тиче владавине права, они се ни у ком случају не могу сматрати уставом у правом смислу речи будући да не происходе директно из воље грађана, већ почивају у крајњој инстанци на политичкој вољи националних влада. Потрага за пореклом власти које остварују институције Уније нужно се завршава на државама чланицама, које директно учествују у склапању уговора и које једине поседују капацитет да их промене или да их једноставно раскину.[17] Треба, додуше, имати на уму да су и у случајевима федералних држава државе чланице одговорне за преговарање и склапање темељног федералног пакта, односно федералног Устава. Међутим, једном пошто се уговор којим се успоставља федерална држава склопи, свака могућност повлачења чланства искључује се, што значи да државе чланице аутоматски престају да буду чувари уговора, односно да се та улога преноси на грађане као целину. Стога, за разлику од устава класичних федералних држава, европски уговори тешко могу бити схваћени као нераскидиви и трајни акти самоодређења европског друштва. Насупрот модерним уставима оснивачки документи Уније не могу бити окарактерисани као устав будући да уставотворна власт још увек није пренета на европски ниво.[18] С обзиром на то да европски уговори не обухватају државе чланице у тоталитету њихове политичке егзистенције, они према логичкој нужности, изискују фигуру свог чувара који ће стајати *изван*, односно *изнад* њих. Све до момента преображаја постојећег савеза европских суверених држава у европску федералну државу улога *чувара уговора*, као снажније политичке власти која у случају конфликта стоји *изнад* различитих интерпретација уговорних обавеза, остаће у чврстим рукама држава чланица.

На веома сличном трагу доказује се да државе чланице ЕУ остају у пуном поседу суверенитета, схваћеног као потенцијалност

[15] M. Troper, „L'Europe politique et le concept de souverainete", (eds. O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice et S. Strudel), *L'Europe en voie de constitution*, Bruylant, Bruxelles 2004; D. Grimm, "Le moment est il venu d'élaborer une Constitution euro péenne?", (ed. R. Dehousse), *Une Constitution pour l'Europe*, Presses de Science Po, Paris 2002.

[16] D. Grimm, 72.

[17] *Ibid.*

[18] У случају ЕУ „није реч се о акту самоодређења (*acte d'autodétermination*), него о акту хетероодређења (*acte d'hétéro détermination*)", *ibid.*, 73.

суверене одлуке, која може бити актуализована у сваком тренутку. „Суштина је у томе да је у сваком тренутку могуће да држава поврати своје надлежности одузимајући их од онога коме је поверила да их остварује“.[19] Наиме, државе чланице ЕУ могу у сваком моменту манифестовати свој суверенитет једноставно раскидајући постојеће уговоре или, на пример, преузимајући на себе ризик кршења установљених европских норми.[20] Јасно је да ова крута, јуристичка логика искључује алтернативу традиционалном разликовању између *уговора* и *устава*, односно између *конфедерације* и *федералне државе*.[21] У том смислу, посебно се наглашава чињеница да међународни уговори, а не федерални устав, одређују надлежности ЕУ. Таква ситуација могла би се променити искључиво трансформацијом уговора, која је теоријски замислива, у европски устав чији би се садржај могао мењати вољом већине чланица.[22]

Упркос логичкој кохерентности управо изложеног схватања европских уговора као класичних међународних уговора, поставља се питање да ли је овакав приступ уистину погодан за разумевање конституционалне природе европске федерације *in statu nascendi*. Наиме, већ одавно је уочено да правни поредак ЕУ почива на начелима која уређују односе између права Уније и права држава чланица на начин веома сличан ономе у случају федералних држава.[23] Комбинација два принципа, принципа директног дејства и принципа суприматије, омогућује да се одлуке Уније не третирају само као националне норме, већ и као националне норме вишег реда.[24] Томе би требало придодати и чињеницу да су у оквиру једног закулисног, административно-судског процеса надлежности Заједнице, а потом и Уније, нарасле у тој мери да обухвате, у мањем или већем степену, готово све замисливе области стварања политика.[25] Ови закључци,

[19] M. Troper, 130.

[20] „Држава може одбити да спроведе неку директиву или забранити неком од органа власти да примени комунитарну норму, а да при том не прекрши ни једну домаћу правну норму, уколико користи адекватну форму“, *ibid*., 131.

[21] *Ibid*., 125.

[22] *Ibid.,* 136.

[23] J. Weiler, „Federalism without Constitutionalism, A Europe Sonderweg“, (eds. K. Nicolaidis, R. Howse), *The Federal Vision*, Oxford Unversity Press, Oxford 2003, 56.

[24] Џ. Вајлер, *Устав Европе*, Филип Вишњић, Београд 2002; E. Stein, „Lawyers Judges and the Making of a Transnational Constitution“, *The American Journal of Inter national Law* 1/1981; F. Mancini, „The Making of a Constitution for Europe“, (eds. R. O. Keohane, S. Hoffmann), *The New European Community*, Westview Press, Boulder San Francisco Oxford 1991; K. Lenaerts, „Constitutionalism and the Many Faces of Federal ism“, *The American Journal of Comparative Law* 2/1990.

[25] P. C. Schmitter, „Imagining the Future of the Euro Polity with the Help of New Concepts“, (eds. G. Marks, F. W. Scharpf, P. C. Schmitter and W. Streeck), *Governance in the European Union*, Sage Publications, London 1996; J. D. Donahue, M. A. Pollack,

засновани на посматрању стварности процеса европске интеграције, заиста озбиљно доводе у питање схватање према ком ЕУ представља прост савез суверених држава.

Додуше, заступници тезе о „чуварима уговора“ сигурно не би пропустили да примете да су судови држава чланица формално задржали могућност коју им пружају њихови национални уставни системи, да се не повинују одлукама Суда правде ЕУ, као и да националне владе нису ускраћене за могућност кршења норми Заједнице или, пак, сецесије из Уније. Теоријски посматрано, то је несумњиво тачно. Но, остаје искуствена чињеница да се у европској политичкој стварности ништа слично није десило још од времена потписивања оснивачких уговора Заједнице. Државе и њихови судови до сада су, са мање или више предомишљања, поштовали интегрисани правни поредак ЕУ, омогућујући на тај начин предвидљиво функционисање система. Штавише, стално присутна претња да би државе чланице у пракси могле да потврде своју улогу „чувара уговора“ није у досадашњем току интеграције спречила неконтролисану експанизију надлежности Заједнице/Уније.[26] Намеће се, дакле, закључак да се традиционални теоријски приступ, који пренаглашава разликовање између конфедерације и федерације, све више удаљава од изнијансиране европске политичке стварности. Штавише, бинарна, „или-или“ логика, спречава мисао данашњих заступника суверених права држава чланица да продре дубље у стварне изазове легитимитета европске сложене заједнице.

Из претходног излагања произилази да ниједна од две размотрене супростављене теоријске позиције у погледу природе темељних правних докумената ЕУ не нуди задовољавајуће одговоре. С једне стране налазе се они аутори који тврде да су европски уговори већ увелико замењени сложеним европским уставом и да европски грађани представљају носиоца уставотворне власти. С друге стране, „суверенисти“ настоје да покажу да европски уговори не представљају ништа више од међународних уговора у класичном смислу чији неприкосновени чувари остају државе чланице. Основни проблем два изложена теоријска приступа налази се у следећем. Они безуспешно покушавају да одреде крајњи извор легитимитета политичке власти ЕУ, услед чега остају затворени у два века стару дилему Џона Калхуна, док сама пракса европског уједињавања успешно из-

„Centralisation and its Discontinents: The Rhythms of Federalism in the United States and the European Union“, (eds. K. Nicolaidis, R. Howse), *The Federal Vision*, Oxford University Press, Oxford 2003.

[26] У том смислу, важно је присетити се да чувена одлука Немачког федералног суда у вези са Уговором из Мастрихта, која наглашава да су државе и даље неприкосновени чувари уговора, није спречила даљу концентрацију надлежности на европском нивоу власти.

бегава да дâ коначан и неприкосновен одговор на Калхуново „или-или“ федерално питање.

Да ли то значи да би требало усвојити један суштински другачији поглед на проблем? Поглед који одбија да се на апстрактном нивоу мишљења определи између аутора *Федералистичких списа* и Џона Калхуна, и који, сходно томе, покушава да проникне у уставну природу ЕУ избегавајући слепу улицу питања о крајњем извору легитимне власти у Унији? Но, одмах се поставља и питање да ли је у данашњој епохи зрелог конституционализма, нормативно оправдано пренебрегнути једну такву дилему?[27] Како би се даље разјаснили ови темељни проблеми европског конституционализма критички ће се осветлити два алтернативна схватања политичке природе ЕУ. Размотриће се концепти европског федералног уставног пакта и уговорног федерализма који нуде теоријски излаз из орбите Калхунове дилеме.

3. ПОКУШАЈ ДА СЕ ПРЕЂЕ С ОНЕ СТРАНЕ КАЛХУНОВЕ ДИЛЕМЕ КОНЦЕПТИ ЕВРОПСКОГ ФЕДЕРАЛНОГ УСТАВНОГ ПАКТА И УГОВОРНОГ ФЕДЕРАЛИЗМА

3.1. Концепт федералног уставног пакта (*pacte fédératif*)

Свесни да концепт модерног устава, схваћен као трајни акт политичког самоодређења друштва, као ни концепт класичних међународних уговора, чији неприкосновени чувари остају суверене државе чланице, не одговара истинској политичкој природи ЕУ, неки аутори покушали су да пронађу средњи пут између ова два, наизглед, непомирљива становишта. Тако је давно заборављена идеја *уставног уговора,* који није у потпуности ствар ни међународног, ни домаћег права, на велика врата уведена у теоријске расправе о уставној природи ЕУ.

Пре свега је важно разумети суштинску разлику која постоји између идеје уставног уговора, с једне стране, и Хобсовог и Русоовог концепта друштвеног уговора, с друге. Појам друштвеног уговора треба схватити као метафорички опис или универзално упутство за преображај друштва појединаца у политичку заједницу путем мноштва замишљених друштвених уговора које склапа појединац са појединцем.[28] Насупрот томе, уставни уговор не само да се склапа у

[27] Кључно је уочити да сама природа европске супранационалне конструкције, која се налази између федералне државе и савеза држава, искључује претпоставку да је питање крајњег извора легитимне власти већ решено на неком другом ме сту, G. Frankenberg, „The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism“, *European Law Journal* 3/2000, 266.

[28] „Наћи један облик удруживања који би бранио и штитио свом заједничком снагом личност и добра сваког члана друштва, и кроз који би свако, удружен са

присуству уговорних страна, већ их, такође, оставља нетакнутим и независним у оквиру јавног права и не трансформише их у апстрактне ентитете.[29] Како Карл Шмит прецизно уочава, истински уставни уговор претпоставља да најмање две уговорне стране политички постоје пре његовог закључивања и да настављају да политички постоје и после закључивања.[30]

Уколико се ствар посматра из уставнотеоријске перспективе која наглашава оштру дистинкцију уговор-устав, израз „уставни уговор" може изгледати као оксиморон. Но, неки теоретичари инсистирају да је појам уставног уговора саобразан стварности супранационалних заједница које нису ни државе ни међународне организације управо због тога што се не може сматрати нити демократским уставом, нити класичним међународним уговором. На том трагу, учињен је један интересантан теоријски покушај да се објасни уставна природа ЕУ коришћењем концепта *федералног уставног пакта (pacte fédératif*). С једне стране, федерални пакт представља „уговор" који се склапа између држава, а не између појединаца. С друге, основни циљ овог особеног пакта јесте да створи нову политичку заједницу, која, пак, својим постојањем неће укинути политичко постојање држава чланица.[31] Једноставно речено, основна идеја јесте да се пронађу елементи по којима се федерација разликује како од простог савеза суверених држава, тако и од федералне државе.

Од одлучујуће је важности имати на уму да у једној аутентичној федерацији питање суверенитета мора бити остављено отвореним.[32]

свима, ипак слушао само себе, и тако остао исто толико слободан као пре. Такав је основни проблем чије решење пружа друштвени уговор", Ž. Ž. Ruso, *Društveni ugovor,* Filip Višnjić, Beograd 1993, 35.

29 Теоретичари истичу да, у пракси добро познат, пример уставног угово ра представља Уговор о конфедерацији и сталној унији који је ратификован 1781. године и којима су успостављене САД „у циљу ефикаснијег остваривања општег интереса". Такође, указује се и на немачки империјални Устав из 1871. године, у ком су петорица монарха „склопили уговор о вечном савезу", како би заштитили закон и територију федерације, G. Frankenberg, 259.

30 C. Schmitt, *Théorie de la Constitution,* Presses universitaires de France, Paris 1993, 197.

31 Концепт федералног уставног пакта изложио је Карл Шмит у свом кла сичном делу о уставној теорији које је први пут издато 1928. године, *ibid.,* 509 540. Недавно је концепт федералног пакта (*pacte fédératif*) поново заживео у теоријским дебатама. Њега је подробно изложио савремени француски уставни мислилац Оливије Бо, O. Beaud, *Theorie de la federation*, Presse Universitaire de France, Paris 2007. Лако се уочава да је Бо снажно инспирисан Шмитовом уставном теоријом, чији је иначе врсни познавалац.

32 Карл Шмит истиче да је у федерацији нужно одржати *status quo* у погледу аутономне политичке егзистентности глобалне заједнице и њених партикуларних чланица, C. Schmitt, 515. Следећи Шмитову логику, Оливије Бо, који је јасније него други данашњи аутори уочио да федерација не представља државу, већ једну ори

За разлику од тога, у конфедерацијама и федералним државама дилема о томе да ли сувереност припада федерацији или државама чланицама, по правилу је разрешена у времену турбулентих политичких превирања, односно у времену дубоких друштвено-политичких криза које изискују доношење политичке одлуке и искључују сваку могућност компромиса. Једном пошто се питање суверенитета разреши на тлу историје, федерација, према логичкој нужности, бива преображена или у конфедерацију суверених држава, или, пак, у суверену државу која обезбеђује известан ниво уставно загарантоване аутономије својим саставним деловима.[33] Ваља разумети да, иако уставни федерални пакт закључују државе чланице, он представља пакт статуса*;* федерални пакт јесте акт уставотворне власти.[34] То значи да једном пошто је склопљен, уставни федерални пакт успоставља политички одређену заједницу, трајну организацију, а не просто неки транзиторни регулаторни механизам. Следствено, једном пошто је федерални пакт склопљен, ишчезава могућност уговорних страна да се из њега повуку. Тиме се федерација јасно одваја од конфедерације. Истовремено, како би била означена федерацијом ова сложена заједница мора својим саставним јединицама обезбедити политичко постојање; по томе се федерација суштински разликује од класичне федералне државе.

На први поглед се чини да овакав приступ, који наглашава разлику између федералног пакта и међународног уговора, с једне стране, и између федералног пакта и устава, као одлуке демократског суверена, с друге, остављајући тако по страни Калхунову дилему, може бити од користи приликом промишљања политичке природе ЕУ. Чини се да теоријски концепт федералног пакта одговара стварности процеса интеграције који и сам грчевито настоји да напусти Калхунову орбиту и ослободи се класичне дистинкције уговор-устав.[35] Питање крајњег извора легитимне власти у Заједници, а потом и

гиналну форму политичког јединства, указао је на непомирљивост појмова сувере ности народа и федерализма, O. Beaud, „Fédéralisme et souveraineté“, *Revue du droit public* 1/1998.

[33] Илустративан пример за ову тврдњу представља случај САД у ком је питање суверенитета одлучено Грађанским ратом 1861 1865. Након коначног тријумфа војске севера, *федерација* као таква је престала да постоји, претворивши се у *федералну државу*. Од тог момента федерални елементи не односе се више на проблем независне политичке егзистенције држава чланица и федерације, већ су сведени на питање уређења државе, које обезбеђује широк степен законодавне и административне аутономије својим саставним деловима, C. Schmitt, 517 522.

[34] Оно, пак, што разликује федерацију од историји добро познатих случа јева империјалних заједница, које су такође биле састављене од различитих територијалних ентитета, јесте то што федерација настаје слободном вољом поли тички егзистентих ентитета.

[35] O. Beaud, S. Strudell, 29.

Унији, остављено је уистину отвореним још од почетка процеса интеграције. Такође, изван сваке сумње је да су државе чланице ЕУ током времена успеле да успоставе веома чврсте институционалне везе очувавши истовремено своју аутономну политичку егзистентност. Упркос јачању узајамних веза без историјског преседана државе чланице нису допустиле да буду у потпуности апсорбоване од стране ширег европског ентитета.

Заиста, уколико би се само посматрало очување аутономног политичког постојања саставних јединица, европски темељни правни акти би се с правом могли назвати федералним уставним пактом. Но, да би они постали истински федерални пакт што, како је већ напоменуто, значи пакт статуса, европски оснивачки акти морали би, такође, да установе *европску политичку заједницу.* Другим речима, они би морали да установе политички одређену и трајну европску федерацију. Међутим, чак и не превише упућени посматрач процеса интеграције лако ће уочити да је пракса европског уједињења још далеко од испуњавања једног оваквог услова. Оно што прво пада у очи јесте да су државе чланице у потпуности сачувале правну могућност сецесије из Уније. Такође, важно је имати на уму да су и поред изненађујуће високог нивоа економске, негативне, интеграције, који је достигнут остваривањем заједничког тржишта и монетарне уније, државе чланице увелико подбациле када је реч о успостављању предуслова за заједничку, позитивну политичку акцију. У готово свим политички осетљивијим областима, као што су фискална и социјална политика, одбрана и спољни послови, државе су чврсто задржале инструменте одлучивања у својим рукама. Оно што спречава Европску унију да почне да делује као политичка заједница јесте пре свега одсуство европског колективног идентитета. Заиста би тешко било оспорити да су питања „Ко смо ми?“ и “Ко ми нисмо?“ безнадежно лишена одговора у стварности данашњег европског савеза.[36] Следствено, може се тврдити да постојећи европски уговори, који не пружају задовољавајући одговор на питање *finalité politique* ове сложене заједнице, не испуњавају један од два нужна услова да буду означени као европски уставни федерални пакт.

Но, поставља се, такође, питање еманципаторског потенцијала овог теоријског приступа у контексту темељних изазова легитимитета процеса европског уједињења. Наиме, концепт уставног уговора, који интенцијално избегава суочавање са Калхуновом дилемом, остаје нем када је реч о питању крајњег извора легитимне власти у Унији.[37] Важно је, наиме, имати на уму чињеницу да је овај концепт,

[36] A. Bogdandy, „The European Constitution and European Identity: Text and Subtext of the Treaty Establishing a Constitution for Europe“, *International Journal of Constitutional Law* 2 3/ 2005.

[37] G. Frankenberg, 266.

који је враћен из заборава у недавним европским теоријским дебатама, а који је Карл Шмит теоријски уобличио још у периоду између два светска рата, настао у тесној вези са историјским искуством немачке федерације створене 1871. године. Питање извора легитимне власти у тој особитој федералној заједници разрешено је на темељу супстанцијалне културне хомогености немачког народа. То је имало за конкретну последицу да једном када је демократска логика надвладала монархијски принцип у периоду између 1918 – 1919. године, ова пре-демократска федерација била је преображена у демократску федералну државу, којој су, пак, недостајали истински федерални темељи.[38] Превасходно су заједнички језик, обичаји и историјско сећање то што објашњава чињеницу да су немачке монархије, које су као суверени независни ентитети постојале вековима, својевољно пристале да се 1871. године покоре политичком и нормативном ауторитету установљене федералне власти.[39]

Уколико се сад пажња врати на ЕУ и постави истоветно питање – Зашто су европске државе и њихови грађани поштовали одлуке европских институција и повиновали се уставном ауторитету супранационалног Суда правде? – лако се уочава да се одговор, уколико уопште постоји, суштински разликује од онога који је дат у време изградње немачког империјалног Устава из 1871. године. За разлику од Немаца, данашњи „Европљани" не поседују довољан ниво супстанцијалне културне хомогености, свест о испуњавању судбински предодређене улоге, или заједничког непријатеља, који би им омогућио да почну да делују политички. Но, где онда почива објашњење за то што су државе чланице, са мање или више подозрења, у досадашњем току интеграције поштовале нормативни ауторитет европских институција?

Чини се да савременим заговорницима концепта федералног уставног уговора једноставно недостаје смелост или интелектуална амбиција да се отворено ухвате у коштац са овим темељним питањем. Отуда произилазе аналитичке недостатности овог концепта, чији су аутори очигледно снажно инспирисани уставном мишљу Карла Шмита и историјским искуством немачке федерације из 1871. године. С једне стране, несумњиво је тачно да овај приступ оставља отвореним питање суверенитета, схваћеног у Боденовом смислу и,

38 Другим речима, једном пошто је демократска хомогеност помешана са федералном хомогеношћу, државе чланице немачке федерације преображене су у просте административне федералне јединице, покрајине, лишене аутономног поли тичког постојања, C. Schmitt, 537.

39 Такође, тиме се објашњава и чињеница да су се са закаснелим тријумфом демократског принципа у Немачкој, у периоду 1918 1919, државе чланице одрекле свог аутономног политичког постојања, и допустиле да буду трансформисане у про сте административне јединице.

сходно томе, не искривљује чињенице европске федералне стварности. Заступници овог концепта тачно уочавају да разумевање природе аутентично федералне заједнице нужно претпоставља одвајање федерализма и суверенитета на начин да не долазе у додир једно са другим, истовремено признавајући одвојене заслуге оба концепта.[40] Тиме се, несумњиво, остварује аналитичка предност у односу на међувладине и супранационалне теорије, које остају безнадежно запетљане у Калхунову дилему. С друге стране, пак, идеја федералног уставног уговора не нуди алтернативан одговор на питање извора легитимне власти сложене европске заједнице. Тачније, овај приступ се једноставно уздржава од отвореног суочавања са овом темељном дилемом, чије ће разрешење, на један или други начин, у великој мери одредити будућност процеса европске интеграције.

Стога се треба озбиљно запитати да ли овај концепт, који је представљао адекватно теоријско оруђе за разумевање уставне природе пре-демократских федералних форми XIX века, остаје нормативно оправдан у епохи зрелог конституционализма. Другим речима, чини се да сама збиља европског уједињења теоретичарима намеће задатак не само да напусте Боденов концепт суверенитета, већ и да му се нормативно супротставе.

3.2. Идеја уговорног федерализма (*treaty federalism*)

Неки савремени уставни мислиоци, охрабрени постмодерним контекстом све више уједињене Европе и снажно инспирисани идејом приземљеног федералног уговора, као непостојаног производа непрекидног процеса делиберације и потраге за консензусом, осетили су се интелектуално дораслим да се нормативно супротставе Боденовој и Хобсовој бинарној логици суверенитета. Наиме, они су покушали да расветле политичку природу ЕУ враћајући се идејама уговорног федерализма (*treaty federalism*) или федерализма без уставности (*federalism without constitutionalism*).[41]

Овај правац мишљења инсистира на теоријској разлици између *уставног федерализма* и *уговорног федерализма.* Концепт уставног федерализма темељи се, пре свега, на претпоставци правне сигурности.[42] Наиме, постојање врховне власти, којој сви саставни делови дугују покорност, узима се као неопходан предуслов стабилног функционисања политичког система федерације. Јасно је да овај

[40] O. Beaud, (2007), 63.

[41] T. O. Hueglin, „From Constitutional to Treaty Federalism: A Comparative Per spective“, *Publius, The Journal of Federalism* 4/2000; J. Weiler, (2003); K. Nicolaidis, „The Federal Vision Beyond the Federal State“ (eds. K. Nicolaidis, R. Howse), *The Fed eral Vision*, Oxford University Press, Oxford 2003.

[42] T. O. Hueglin, 140 141.

концепт, који свој узор има у политичкој слици римске Републике, претпоставља постојање само једног и неприкосновеног одговора на питање зашто конститутивне јединице сложене заједнице морају, у крајњем случају, да се повинују одлукама федералних власти. За разлику од тога, концепт уговорног федерализма почива на претпоставци да одговор на питање „зашто конститутивне јединице треба да се повинују одлукама федералних институција?" треба непрекидно изнова тражити, прилагођавајући га захтевима непостојане друштвено-политичке стварности. Уместо наглашавања правне извесности, уговорни федерализам пажњу усмерава на процес политичке делиберације између политички егзистентних заједница. [43]

Треба подсетити на основну дилему на коју у претходном одељку изложени концепт федералног уставног пакта није успео да одговори: Зашто су државе чланице ЕУ биле спремне да поштују европску уставну дисциплину у одсуству европског устава и јасне хијерархије политичке власти? Како би се пружио одговор на ово питање, а како би се истовремено избегла и слепа улица Калхунове дилеме, уведен је крајње интересантан концепт европске *уставне толеранције.* „Они је прихватају (европску уставну дисциплину, *прим. Б. К.*) као аутономни добровољни чин, који се у свакој прилици изнова обнавља, потчињавања, у посебним областима којима управља Европа, норми која је здружени израз жеља других, политичких идентитета других, политичких заједница других. Наравно, то значи створити један другачији тип политичке заједнице, чије је јединствено обележје сама спремност да се прихвати обавезујућа дисциплина, која се темељи и произилази из заједнице других. Квебежанима је речено: у име народа Канаде, ви сте обавезни да се повинујете. Французима или Италијанима или Немцима је речено: у име народа Европе, ви сте позвани да се повинујете. У оба случаја, захтева се уставна дисциплина. Када је прихватање и потчињавање добровољно, и када је то тако у континуитету, оно представља чин истинске слободе и еманципације од колективне самоароганције и уставног фетишизма: висок израз уставне толеранције".[44] Од највећег је значаја уочити да овај приступ не оставља по страни питање крајњег извора легитимне власти у Унији, односно не оставља нетакнутим питање суверенитета, као што је то био случај са изложеним концептом уставног уговора. Уместо тога, визија „европског

[43] „То значи да два суверена заједнички владају одређеном територијом. Будући да су суверени, они су независни један од другог. Но, уколико ће акција или поступак једног имати последице на другог, они се усаглашавају (*treat*) о њој. Они тада испреговарају споразум или узајамно разумевање. Другим речима, постојећи однос између њих темељи се на уговорима и споразумима. Обојица су једнаки. Ниједан не влада над другим", T. O. Hueglin, 141.

[44] J. Weiler, (2003), 68.

плурализованог устава“ или „устава дељених идентитета“, која почива на идеји уставне толеранције, ослобађа националне државе од суверенитета, а да, при том, не пада у замку његовог премештања на европски ниво.[45] Оно што разликује овај приступ од концепта федералног уставног пакта јесте то што се питање *ко има последњу реч* не оставља по страни, да попут Дамокловог мача виси изнад процеса уједињења. Уместо тога, улази се у отворени нормативни сукоб са „или-или“ логиком суверености.

У складу с тим, чињеница да је у процесу европских интеграција до сада изостала темељна политичка одлука европског демократског суверена, којом би се успоставила трајна хијерархија федералне власти, посматра се као темељна нормативна вредност ове особите сложене заједнице. Једноставно речено, очување *statusa quo*, изостанак једног и неприкосновеног одговора на питање политичког финалитета, схвата се као најзначајнији еманципаторски аспект праксе европског уједињавања. Сходно томе, европски федерални процес сматра се нормативно супериорним у односу на класичне уставе федералних држава. Овде се фокус помера од темељне одлуке демократског суверена, којом се установљава модерна федерална држава, према идеји трајног федералног процеса, који интенцијално избегава давање коначног и неприкосновеног одговора на питање крајњег извора легитимне власти у сложеној заједници. Овај приступ инсистира на еманципаторском потенцијалу добровољног потчињавања држава чланица европској уставној дисциплини у одсуству европског устава и јасне хијерахије политичке власти. Тиме се критички преиспитује и сам концепт модерне уставности.

Овде се треба присетити да је концепт федералног уставног пакта подразумевао да уговорни елементи и очување политичке егзистенције саставних јединица напросто нису довољан услов да би ЕУ била означена као федерација. Према том правцу размишљања, да би постала федерација, ЕУ мора постати структура, политичка заједница са разрешеним питањем свог *finalité politique.* Управо супротно таквом схватању, идеја уговорног федерализма претпоставља да ЕУ јесте и да треба да остане уговор – а не структура, процес – а не крајње исходиште.[46] Једино на тај начин ЕУ ће наставити да представља федерални модел за XXI век, односно, наставиће да се приближава свом политичко-филозофском идеалу, а то је федерализам који иде с оне стране федералне државе.[47]

---

[45] K. Nicolaidis, 475.

[46] Европске уговоре треба разумети пре као „путоказ једног уговорног процеса, оквир за уставни моменат који никад не престаје, него као коначну реч која може да трпи само оскудне промене“, K. Nicolaidis, 475.

[47] *Ibid.*

Очигледно је да концепт уговорног федерализма, односно федерализма без устава, помаже да се дубље схвати природа процеса европске интеграције. Особит процес европског уједињавања показао је до сада изузетан капацитет продубљивања упркос одсуству структурних претпоставки да се питање чувара европских уговора реши једном за свагда. Сходно томе, чини се да идеја европске уставне толеранције – „федерална уставна дисциплина која, пак, није утемељена у државном типу устава“[48] – одговара збиљи овог особитог процеса који је своје најзначајније резултате постигао остваривањем заједничког тржишта и монетарне уније. Државе чланице су заиста постигле незампамћено високи степен узајамне економске повезаности, а да, при том, нису замениле оснивачке уговоре уставом, односно да нису донеле коначну одлуку о крајњем извору легитимне власти у Унији.[49]

Намећу се, међутим, следећа питања. Колико далеко може стићи процес уговорног федерализма – односно процес уједињавања путем хоризонталне делиберације и потраге за консензусом равноправних и политички постојећих ентитета – а да не налети на зид захтева за успостављањем нове и јасне хијерахије политичке власти? Шта се дешава у ситуацији када изазови управљања који расту са стално променљивим друштвено-историјским и геополитичким околностима буду захтевали заједничку, позитивну политичку акцију Европе, односно када отклањање баријера трговини и усавршавање правила конкуренције више не буду довољни? Шта се дешава у ситуацији када се Унија прошири мноштвом нових држава које су тек недавно повратиле свој суверенитет и које са својим западноевропским партнерима не деле исто искуство када је реч о поштовању владавине права?

У свом досадашњем току процес европске интеграције уистину је успео да „цивилизује“ кроз историју пречесто распојасане суверенитете држава чланица. Тиме су порасле наде многих угледних посматрача да би даљим продубљивањем интеграције *принцип уставне толеранције* могао доспети до своје пуне спољашње егзистенције. Но, паралелно са успостављањем све значајнијих федералних уставних обележја система управљања ЕЗ/ЕУ, пракса уједињења европских држава довела је до битног опадања демократских капацитета грађана да контролишу процес доношења одлука на сва три нивоа власти – субнационалном, националном и европском. Не само да

[48] J. Weiler, (2003), 68.

[49] Стога се може тврдити да је, бар када је реч о *економској, негативној интеграцији,* Џозеф Вајлер (*Joseph Weiler*) несумњиво био у праву када је указао да само подношљиво функционисање ове особите, недржавне федералне заједнице представља њену највећу вредност. J.H.H. Weiler, „On the Power of the Word: Europe Constitutional Iconography“, *International Journal of Constitutional Law* 2 3/ 2005.

је модерни револуционарни дух временом ишчезао из демократских институција држава чланица, чега се прибојавала Хана Арент (*Hannah Arendt*). Могло би се чак тврдити да су те институције, у извесном смислу, деградиране на период који је претходио остваривању револуционарних демократских начела.[50] Поједини еминентни аутори уочили су да су државе чланице ЕУ временом назадовале ка некој врсти пре-модерних, пре-демократских заједница.[51] Но, иако је на тај начин бивао све озбиљније угрожен демократски принцип слободе, који је још у олујама Француске револуције реализован на терену европске историје, подношљиво функционисање система одлучивања ове особите сложене заједнице није доведено у питање. Другим речима, у плодоносном периоду економске, негативне интеграције, питање легитимитета и демократског дефицита система управљања ЕУ остајало је у сфери теоријских расправа научника. Међутим, проблеми које су на темељу равнодушности, односно пермисивног консензуса (*permissive consensus*) грађана, главне архитекте европске конструкције дуго занемаривали, нису једноставно ишчезнули. Штавише, с продубљивањем процеса интеграције темељна дилема легитимитета све се више премештала из теоријске равни у збиљу управљачког процеса, све озбиљније претећи да доведе до парализе целокупног система одлучивања. Као резултат тога, у пракси европског уједињења озбиљно се поставило следеће питање: Како прибавити легитимитет европском систему управљања на више нивоа власти и тако обезбедити његово стабилно и ефикасно функционисање?

Према идеји уговорног федерализма, разрешење проблема легитимитета и демократије не треба да зависи од структурних претпоставки за политичко самоодређење јединственог европског народа, демоса. Уместо тога, ове проблеме требало би решавати осмишљавањем адекватних институционалних механизама непосредног демократског учешћа разноликих заједница интереса у процесу одлучивања. Заступници концепта уговорног федерализма као нужан услов легитимног управљања сматрају директно учешће влада држава чланица у процесу политичког одлучивања. Но, премда нужан, то свакако није и довољан услов демократског функционисања ЕУ. Непрозирни процес потраге за консензусом између представника националних извршних власти, малог броја власника великог капитала и европ-

---

[50] Могло би се тврдити да се европски супранационални јавни простор огра ничава на то да представља Хегелов систем потреба, у коме се појединац схвата ап страктно, као индиферентни елемент техничке и судске координације и регулаторне праксе, G. Palombella, „Whose Europe? After the Constitution: A Goal based Citizen ship“, *International Journal of Constitutional Law* 2 3/ 2005, 362 363.

[51] Између осталих вид. D. M. Curtin, *Postnational democracy, The European Union in search of a political philosophy*, Kluwer Law International, Hague London Bos ton 1997; H. Abromeit, *Democracy in Europe: Legitimising Politics in a Non State Polity,* Berghahn Books, New York Oxford 1998.

ских бирократа ослобођених демократске одговорности, заиста тешко да задовољава минимум нормативних захтева за демократским легитимитетом. Насупрот томе, идеја уговорног федерализма подразумева институционално демократско учешће не само националних држава, већ и мноштва других територијалних и функциононалних консоцијација, попут региона и транснационалних организација социоекономских интереса.[52] Основни принцип веома је једноставан: у ситуацији када не постоје суштинске друштвено-политичке претпоставке да се одлуке у оквиру једне сложене заједнице доносе већином гласова, све територијалне и секторске консоцијације директно погођене политичким одлукама морају бити непосредно укључене у процес одлучивања. Другим речима, глорификовани принцип федералне обостраности (*principle of federal mutuality*), односно принцип обостраног политичког укључивања (*principle of mutual political inclusiveness*) треба да замени принцип федералне хијерархије.

Међутим, упркос неспорној теоријској привлачности управо изложене идеје европске „федерализоване демократије“,[53] са становишта данашње европске стварности заиста малим се чине изгледи за успостављање институционалних механизама супстанцијалног демократског укључивања мноштва националних, регионалних и секторских *demoi* у европски процес управљања на више нивоа власти. Једноставно речено, даље остваривање ове еманципаторске идеје наилази на тешке препреке у збиљи економски интегрисане, али политички парализане Европе. То постаје нарочито видљиво у моменту када озбиљни политички изазови прете да доведу у питање само подношљиво функционисање ове особите организације. Истовремено, непостојање данашњој стварности примеренијих решења проблема како полазног, тако и резултантног легитимитета (*input and output legitimacy*),[54] одражава се у озбиљном смањивању капацитета за промене, као суштинског својства европског федералног система

[52] Један крајње интересантан и иновативан теоријски предлог за демокра тизацију европског система управљања путем стварања федералног система дирек тних демократских права вета, који би поред држава укључивао и регионе, као суб националне актере, и транснационалне организације интереса, може се пронаћи у раду H. Abromeit, 53 136.

[53] Термин „федерализована демократија“ у политичку теорију уводи Лидија Баста у свом раду о швајцарском федерализму, L. R. B. Fleiner „Minority and legitimacy of a federal state: An outsider perception of the Swiss model“, (eds. L. R. B. Fleiner, T. Fleiner), *Federalism and multiethnic states, The case od Switzerland,* Institute du federalisme Fribourg Suisse, Fribourg 2000.

[54] Према концепту резултантног легитимитета (*output legitimacy*) политичке одлуке су легитимне уколико оне ефикасно промовишу заједничку добробит консти тутивних јединица које су у питању. Према концепту полазног легитимитета (*input legitimacy*), пак, политичке одлуке су легитимне уколико оне одсликавају „вољу народа“ односно, уколико оне произилазе из аутентичних преференција чланова заједнице, F. W. Scharpf, (1999), 6.

управљања.[55] При том, ваља имати на уму да је овај особити федерални систем до сада функционисао задовољавајуће стабилно, успешно се прилагођавајући захтевима друштвено-историјске и геополитичке стварности, управо захваљујући пренебрегавању питања крајњег извора легитимне власти. Парадоксално је да систем најзад почиње да губи способност за промену управо због тога што је питање легитимитета тако дуго, током успешног периода економске интеграције, остало у сфери теорије, далеко од интереса праксе уједињавања. *Европино велико оклевање*, које заговорници идеје уставне толеранције сматрају главним функционалним и историјским доприносом ЕУ, постепено је у политичкој збиљи прерасло у тешко премостиву препреку даљем продубљивању интеграције.

4. ЗАКЉУЧАК

У време када преображај ЕУ у истинску политичку заједницу постаје императив, пре свега захваљујући досадашњим успесима процеса интеграције, процес федералног прилагођавања новим друштвено-историјским и геополитичким околностима наишао је на зид. Парадоксално је то што у контексту источноевропског проширења и велике светске економске кризе, промена и прилагођавање драматично измењеној друштвено-историјској и геополитичкој стварности, постају насушна потреба и нужан предуслов даљег стабилног функционисања целокупног система одлучивања. Међутим, за једну темељну промену, која би подразумевала замењивање европских уговора уставом и успостављање јасне хијерархије власти, недостају структурне претпоставке. Истовремено, збиља економски, административно и политички изразито повезане Европе, одвраћа државе чланице од могућности сецесије из Уније, као и од могућности оглушавања о одлуке европских институција. Но, уколико би, ипак, таква темељна политичка одлука, која би или преобразила ЕУ у истинску политичку заједницу или је вратила на степен савеза суверених држава, била донета, идеја уставне толеранције свела би се на апстрактну могућност. У тој ситуацији, схватање према којем је „у самој природи европског конституционализма да питање крајње власти треба да остане отворено“,[56] неповратно би се одвојило од европске збиље.

---

[55] „Добро функционишући федерални систем је онај који је непрестано кан дидат за промену, систем у непрекидној неравнотежи, у ком је изазов да се изгладе и легитимизују цикличне промене у нивоима власти“, K. Nicolaidis, 445.

[56] M. P. Maduro, „How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Be tween Intergovernamentalism and Constitutionalism in the European Union“, *Jean Monnet Working Paper* 5/2004, 27, *http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501 15. pdf.*

Може се закључити да је приступ који се темељи на идеји уставне толеранције уистину одговарао стварности уставног и политичког функционисања европске сложене заједнице у времену изградње претпоставки трајног мира и плодотворне економске интеграције у Европи. Но, овај инспиративни теоријски концепт почео је да се удаљава од европске збиље у времену када се проширена Европа суочила са проблемима који више нису само економски, већ су по својој природи уједно суштински политички. У таквој ситуацији, велика амбиција Европе да оствари дубљу политичку интеграцију без успостављања јасне хијерархије власти полако се помера ка сфери конкретне утопије.

Bojan Kovačević, M.A.

Assistant Lecturer
Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

THEORETICAL DILEMMA OVER THE EUROPEAN FEDERAL CONSTITUTION IN THE ABSENCE OF EUROPEAN DEMOCRATIC SOVEREIGN

Summary

In the context of European integration process, which has for more than a half of century successfully avoided the dilemma of its *finalité politique*, the following question arises: How close have the two seemingly confronted ideas of constitution become, the one of an irrevocable decision of democratic sovereign who is aware of his own political existence, and the other of an open and never-ending process of deliberation and consensus-seeking among the territorially and non-territorially organized communities of interests? This paper demonstrates that the two theoretical positions captured in the treaty-constitution antinomy – the one proclaiming that the European treaties have already been replaced by a European Constitution, the masters of which have become European citizens and the other arguing that the European treaties are but simply international treaties in a classical sense, the masters of which firmly remain member states – tend to mistreat the facts of this historically unprecedented political functioning of federal community. In addition, the paper shows that the ideas of *pacte fédératif* and treaty federalism, the concepts which on theoretical level supersede the „masters of the treaties“ dilemma, represent more adequate theoretical tool for understand-

ing the constitutional and institutional functioning of the EC/EU, in an epoch of peace and political stability, and in times of fruitful economic integration. However, when the enlarged EU confronts the problems of essentially political nature, the idea of treaty based integration, through horizontal deliberations and a quest for consensus between equal and politically existing entities, starts to reveal its inherent limitations.

Key words: *Constitution of Europe. – „Masters of the Treaties“. – Pacte Fédératif. – Treaty Federalism. – Democratic Deficit.*

УДК 340.15(37) ; 343.63(37)

Мр Огњен Вујовић

асистент Правног факултета Универзитета у Приштини –
Косовска Митровица
ogvujovic@yahoo.com

КОРЕНИ ДЕЛИКАТА *INIURIA* И *CONVICIUM*

У раду се доказује да је инјурија од својих почетака била нека врста општег појма противправности. Овај деликт је подразумевао угрожавање онога што се сматрало сфером приватних интереса патер фамилијаса, као основе друштвеног поретка. Критеријум „сфера приватних интереса патер фамилијаса (појединца)" је и у каснијим етапама развоја римског права био кључни за одређивање опсега деликта инјурије. Једино је патер фамилијас све мање представљао главни ослонац друштвеног поретка.

С друге старне, магија је сматрана великом претњом друштву и самим тим врстом јавног преступа. Због тога одредбе о магији, одвојено од инјурије, егзистирају већ у Закону XII таблица. Пошто су појмови occentare, excantare и incantare били уско везани за злонамерна врачања и клетве, они су на известан начин били и својеврсни корени вребалног деликта увреде, односно каснијег деликта convicium. С напредовањем процеса ослобађања права од религије, увреда се ослобађа од магије и улази у интересну сферу појединца.

Кључне речи: *Iniuria. Convicium. Legis actio sacramento in rem. Incantare. Occentare.*

1. УВОД

У латинској речи *iniuria* етимологија види сложеницу насталу од негативног предлога *in* и именице *ius*, која се преводи као „право, правда...". Дакле, *iniuria* означава свако понашање које је супротно од делања сагласног праву (*non iure, contra ius*). Она се може починити или делом или речима (*aut re aut verbis*).

У ужем значењу инјурија упућује на штету причињену туђој личности *aut re aut verbis*. Она обухвата повреду њеног физичког (*iniuria re facta*), али и моралног интегритета.

У ширем смислу инјурија подразумева и штету нанету туђој имовини (*damnum iniuria datum*). Овај имовински деликт је захваљујући *lex Aquilia de damno iniuria dato*, који је донет негде око 286. пре Христа, издвојен у посебан деликт.[1] *Furtum, rapina* и *damnum* представљају деликте уперене против имовинске безбедности. Исти акт може истовремено угрозити и туђу имовину и туђу личност. Из тог разлога су некада дозвољене две тужбе поводом исте радње. Једна на основу Аквилијевог закона и друга за инјурију. Зато што иста радња може проузроковати две врсте последица, долази и до две врсте процене настале штете. Једна је за *damnum*, а друга за *contumelia*.

Основни елементи инјурије, до којих је могуће допрети увидом у Дигеста, а које на известан начин, наводе Казер (*Kaser*)[2] и Шулц (*Schulz*)[3], су:

1. *dolus,* зла намера, *animus iniurandi* (*dolus* се претпоставља), *D.* 47.10.3.2;
2. противправни карактер радње (противправност се не односи само на прекршај писаног права, већ и на прекршај обичајног права, *boni mores*), *D.* 47.10.13.1 и
3. инјурија је увек причињена без пристанка и противно вољи оштећене стране, *D.* 47.10.33; *D.* 47.10.26; *D.* 47.10.1.5.

Остаје тешко решиво питање да ли је *culpa* била довољна за настанак деликта инјурије, јер изгледа да је *dolus* био изједначен са *culpa lata*, бар од каснијих правника. Наиме, *culpa* је довољан услов за подизање *actio utilis* по Аквилијевом закону.[4] Али, потпуно је извесно да не може бити речи о инјурији када је у питању случај (*casus*).

До оваквог појма инјурије, око кога су, иначе, сагласни готово сви теоретичари, дошло се након огромног развојног периода на који су свој печат оставили различити ступњеви кроз које је прошао целокупан римски правни систем.

Преломна фаза у развоју римског права, назовимо је „едикталном фазом“, уједно је и преломна фаза развоја концепта инјурије. Историја едиката који су регулисали инјурију, почиње у последњој четвртини трећег века пре Христа. Њихов смисао и поље њихове примене проширени су захваљујући активности римских правника.

[1] У нашој периодици вид. више Д. Поповић, „Систем Аквилијевог закона“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987, 63 68.

[2] M. Kaser *Das Römische Privatrecht*, München 1971.

[3] F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.

[4] Вид. О. Вујовић, „*Iniuria* и *culpa* у Аквилијевом закону“, *Правна ријеч* 24/2010.

По Ленелу (*Lenel*), преторски едикт познаје осам врста инјурије.[5]

Први едикт о инјурији је такозвани *edictum generale de iniuriis aestimandis*. Ово је едикт којим почиње историја инјурије као класичног деликта.

Питање *edictum generale de iniuriis* је врло дискутовано у литератури. Постоје спорења о томе да ли се овај едикт односио само на одредбу у *Tab*.VIII 4, или и на одредбе у *Tab*.VIII 2 и у *Tab*.VIII 3. Такође, спорна је природа правног средства установљеног овим едиктом.

Други едикт о инјурији је вероватно био *edictum de convicio*.[6]

Реч *convicium* је сложеница настала од *cum*, што се преводи као „са", и од речи *vox*, што се преводи као „глас". *Convicium* означава вербалну увреду.[7]

Овај едикт је својеврсни парњак старој одредби Закона XII таблица, која је за *occentare* предвидела смртну казну. Наиме, пошто су појмови *occentare*, *excantare* и *incantare* били уско везани за злонамерна врачања и клетве, може се рећи да су они и својеврсни корени вребалног деликта, увреде (*convicium*).

Edictum generale de iniuriis aestimandis је промовисао тужбе *in factum* како би оне покриле штете нанете туђој репутацији. *Edictum de convicio* је донет како би им дао потпуну легалну подлогу. Може се рећи да је овај едикт један од најранијих примера новог типа едиката који су мењали и развијали материјално право. Тужба за *convicium* је управо заснована на моделу формуле за *actio aestimatoria iniuriarum*.

У овом чланку ће се покушати обрадити питање инјурије пре Закона XII таблица и њен однос са коренима деликта *convicium*. Потребно је истражити да ли је инјурија од самих својих почетака могла обухватати и репресију онога што бисмо данас назвали вербалним деликтима, или се односила само на физичке акте. Том приликом је нужно испитати да ли су се одређене одредбе Закона XII таблица односиле на магију као што то тврди Плиније, или, пак, на клевету, као што нам предочава Цицерон.

5 O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Aalen 1956[3], 397 403.

6 *Ibid.*, 400; *D.* 47.10.15.2

7 *D.* 47.10.15.4

2. ИНЈУРИЈА ПРЕ ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА

Најстарији помен речи *iniuria* налази се у формули *legis actio sacramento in rem*.[8] Она је, по Гају (*Gaius*), имала следећи облик:

Дакле, тужилац каже: „Тврдим да је овај човек мој *ex iure Quiritium*. Како сам рекао тако сам и положио овај штапић (*vindicta*).“

Његов противник слично изговара и чини.

Затим претор наређује: „Обојица пустите роба.“ И обојица пуштају роба.

Потом тужилац: „Захтевам да одговориш зашто си виндицирао.“

Тужени одговара: „Виндицирао сам јер сам на то имао право.“

Тужилац изговара: „ Пошто си *противправно* виндицирао, изазивам те на опкладу од 500 аса.“

Тужени: „И ја тебе.“

Ако је вредност парнице нижа од 1000 аса, одређује се опклада од 50 аса.

Као што се може видети, тужилац нема контролу, пре подношења *actio,* над објектом који је предмет његовог тужбеног захтева.[9]Али, с друге стране, бранилац мора објаснити на основу чега је изнео своју тврдњу. Мора је оправдати.[10]

Iniuria vindicare подразумева и санкцију.[11] Она се, пак, може сматрати глобом која иде у прилог државе. Страна која је победила у спору, добија натраг *summa sacramenti* коју је положила, док побеђена страна губи *summa sacramenti* у корист државне благајне (*aerarium*).[12]

Дакле, у *in iure* етапи *legis actio sacramento in rem* инјуријом се назива чин неоснованог присвајања туђег роба. Римско право је сматрало да су оваквим актом повређена имовинска права господара роба, патер фамилијаса. Међутим, патер фамилијас није само врховни титулар породичне имовине, већ и врховни породични ауторитет у сваком смислу. Тако је овим чином неоснованог присвајања туђег роба повређен и морални простор породице и њен социјални статус, а тиме и морални интегритет и социјални статус породичног старешине.

---

8 Gaius, *Inst.* 4.16.

9 M. Kaser, *Das rőmische Zivilprozessrecht*, München 1966, 69.

10 *Ibid*., 71.

11 Gaius, *Inst.* 4.14; Festus, 344. L.

12 Varro, *De lin. lat*. 5.36.180.

Казер (*Kaser*) у *iniuria vindicare* види оваплоћење примитивног деликта, *Urdelikt*.[13] Треба напоменути да овакав назив за ову хетерогену деликтну пракатегорију није одговарајући. То што кривична дела нису издвојена говори у прилог тога да је заштитни објекат ове пракатегорије био целокупни друштвени поредак. Зато је исправније назвати је пра-*crimen*-ом. Примарни заштитни објекат римског архаичног права је у ствари заједница (и патер фамилијас као челник основне ћелије друштва) – њени витални интереси.

Већ на самом почетку наилази се на проблем врло општег значења, које са собом носи реч *iniuria* и њене конкретне манифестације у *in iure* етапи *legis actio sacramento in rem* и у Закону XII таблица. Ово питање је окосница теоријске обраде код свих аутора који су се бавили овим деликтом, па према томе и тачка око које су укрстили врло сукобљене погледе.

Инјурија је термин чија је употреба свакако старија од Закона XII таблица. Треба одговорити на питање, да ли старије значи приземније и конкретније, или, пак, неиздиференцијаније и општије?

Теодор Момзен (*Mommsen*) је међу првим значајнијим ауторима који су се осврнули на проблем инјурије. Он сматра да је инјурија од својих почетака, као појам противправности, потпуно супротстављена појму права (*ius*). Тако се овим термином означава сваки прекршај правних, али не и моралних норми.[14] Из овог општег појма је, сматра Момзен, а и модерни аутори који деле његов став о првобитном значењу термина *iniuria*, постепено изведен појам деликта *furtum*. Из таквог општег појма је деривирала и инјурија у ужем значењу те речи (онако како о њој извештава Закон XII таблица),[15] али и различити облици напада на телесни интегритет појединца (које такође

[13] M. Kaser, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, 16 и 23. Ова теорија наводи да су у почетку контракти, деликти и кривична дела били неиздиференцирани у оквиру категорије која је названа *Urdelikt.* Оштећени је тада на располагању имао просту одмазду, освету, *talio*. Са настанком композиције из ове категорије се прво издваја контракт. Када је заједница постала довољно јака како би не само заживела обавезна композиција, већ и како би примењивала кажњавање које је искључиво у интересу заједнице, онда се рађа и кривично право. Деликтима преостаје компензаторни карактер санкција као основно обележје. О појму *Urdelikt* вид. R. A. Bauman, „The interface of Greek and Roman law," *Revue Internationale de Droits L'antiquite (RIDA)* 43/1996.

[14] Th. Mommsen, *Römisches Straftrecht*, Leipzig 1899, 784, 825. Дакле, по Момзену инјурија није јасан концепт. Инјурија није конкретан и јасно омеђен деликт, већ општи назив за свако понашање које је супротно правном поретку у најширем смислу те речи. Елементи оваквог мишљења су видљиви и код Казера, M. Kaser (1949), 207 208.

[15] *Tab.*VIII 4. *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto*, C. G. Bruns*, Fon tes Iuris Romani Antiqui*, Tűbingen 1909^7, 29.

наводи Закон XII таблица).[16] Дакле, у одредби о инјурији, прве римске кодификације, само је сачуван назив старе и исцрпне категорије прекршаја. Затим се током трећег века, у оквиру Аквилијевог закона издваја такозвано оштећење туђе имовине (*damnum iniuria datum*).

За неке модерне ауторе је, такође, било логично претпоставити да се појам инјурије у Закону XII таблица није много разликовао од значења које је поседовао пре њега. Како би се упустили у разматрање овог проблема морали су се окренути и паралелном процесу разјашњавања појма *ius.* Неки од њих потпуно другачије од Момзена виде овај проблем. Тако Зимон (*Simon*) тврди да реч *iniuria*, од самих својих почетака, не означава преступ у најопштијем смислу. То није преступ који би се односио и на неправедно и неморално понашање, нити је обухватао сваку противправност. Инјурија је, по овом аутору, била акт насиља на који његов извршилац није имао право (*ius*). Дакле, инјурија у почетку није била тако широк појам који би обухватио све преступе, а ни тако узак да се односи само на специфичан деликт који је под овим називом предвидео Закон XII таблица.[17] По Зимону, инјурија као посебан и независан деликт настаје тек са Законом XII таблица. Тек је у овој кодификацији за њу предвиђена санкција од 25 аса. Тада она постаје правно-технички термин. Зимон каже да је очигледно да се под инјуријом, у Закону XII таблица, подразумевају директни напади на тело слободног човека. То су различити облици насиља који за заједничку карактеристику имају да су почињени зарад насиља као таквог. Немају неке даље циљеве, као што је хватање неке особе, или заплена имовине или кажњавање за причињену телесну повреду.

Зимон се осврће и на најраније случајеве појављивања појма инјурије, а који су датирани много пре Закона XII таблица. Разматрајући различита мишљења о природи ране *vindicatio*, опредељује се за Казерово схватање по коме је она представљала суђење путем борбе. Из овога он извлачи закључак да је *vindicare* у усменом облику, од историјских времена, једино могло представљати заплену неке особе или неке ствари. Такође, Зимон је мишљења да аквилијанска инјурија има у виду акте насиља.[18] Дакле, у оба случаја инјурија се јавља као акт приватне присиле. Зимон, у овим примерима види једина могућа и сасвим конкретна значења речи инјурија. И *ius*, по њему, у почетку има савим конкретна значења.

---

16 *Tab.*VIII 2. *Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*.
*ab.*VIII 3. *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito*, C. G. Bruns, 29.

17 D. V. Simon, „Bergiff und Tatbestand der „Iniuria“ im altrőmischen Recht“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (*ZSS*) 82/1965, 161.

18 *Ibid*., 141.

Тако он за најранија времена, пре Закона XII таблица, дефинише *ius* као законитост приватних аката заплене или законитост примене неког другог облика приватне силе. За потпору оваквог закључка поново се ослања на усмену форму сакраментума у *legis actio per sacramentum*. Наиме, смисао појма *ius* изводи, као и код инјурије, на основу природе *vindicatio*.[19]

Други случај у коме је могуће потражити изворно значење појма *ius* је *ius iurandum*, а директно се односио на *vindicatio*.[20]

Трећи је природа *ius dicere*, претече *iudicare*. То је, каже Зимон, преторова одлука о процедуралном акту заплене који се одвија пред његовим очима. Уколико је таква заплена у складу са прописима следи *addictio*.[21]

У Закону XII таблица, по Зимону, као првобитни појам законитости приватног акта заплене, *ius* је доживео проширење свога значења. Наиме, сада не само да акт заплене мора бити дозвољен и начињен у складу са прописима, већ је и појединац овлашћен да чини свечана обавезивања и завештања. *Ius* се проширило и на ове случајеве, јер су они давали право на акт заплене. Наиме, омогућавали су примену *manus iniectio* у случају њиховог неиспуњења. Дакле, концепт *ius*-а је проширио свој опсег, али је задржао суштину. Он и даље упућује на одобрење примене приватне силе против неке особе или ствари.[22]

Питер Биркс (*Birks*), насупрот Зимону, каже да се из чињенице да је природа система захтевала и користила акте самопомоћи не може закључити да ондашњи људи нису могли мислити у појмовима права и преступа, законитости и незаконитости. Људи су морали да некако изразе везу између својих правила и свог понашања.[23]

Биркс сматра да главна слабост Зимонове теорије у суштини лежи у њеној немогућности да поистовети опште значење противправности које са собом иначе носи појам *iniuria* и садржај деликта кога Закон XII таблица изричито означава као инјурију у *Tab.*VIII 4. Биркс нуди радикалну реинтерпретацију одредби о инјурији. Наиме, повреда личног интегритета у Закону XII таблица представља јединствену целину, у пуном смислу те речи. Постоји опште правило да као одговор на све телесне повреде, *membrum rumpere*, следи талион. Али, уколико је сломљена кост, требало би да понуда од 300/150

[19] *Ibid.*, 143.

[20] *Ibid.*

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*, 147, 159. Овде Зимон мисли на израз *ita ius esto* у *Tab.*VI 1. и *Tab.*V 3.

[23] P. Birks, „The Earley History of Iniuria“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (*TR*) 37/1969, 170.

води споразуму и композицији. Уколико до примене композиције, ипак, не дође, онда је сам осветник одговоран као *fractor*, али је прикладније да исплати нижу откупну цену у износу од 25 аса.[24]

Биркс закључује да *Tab.*VIII 4. нема ништа са каснијим деликтом под називом инјурија. На ово се надовезује Манфредини (*Manfredini*), с тим што он тврди да *Tab.*VIII 4 и *Tab.*VIII 5 не представљају оригинални део Закона XII таблица. Ове одредбе своје постојање дугују интерпретацијама свештеника које су креиране током четвртог века.[25]

Полај (*Pólay*) се придружује Зимону у негирању егзистенције *ius* и *iniuria* као апстрактних категорија. По њему, ово су појмови са низом конкретних испољавања и значења. Тако је инјурија у *legis actio sacramento in rem* присутна као конкретна форма, *iniuria vindicare*. Теоријски ставови који на инјурију, од самих њених почетака, гледају као на својеврсни концепт „противправности" наилазе на Полајеву примедбу да запостављају две околности.[26]

Једна се огледа у томе што се појам „личности" никако није могао развити у раздобљу које претходи Закону XII таблица, јер је у времену рустичног Рима основна јединица друштва била породична заједница, чији носилац није могао претрпети повреду с обзиром на своју „личност". Патер фамилијас је био заштићен и овлашћен да штити чланове породице који су под његовом влашћу, породичну имовину и свој телесни интегритет.[27]

С друге стране, тешко је замислити могућност настанка општег концепта противправности у сељачком Риму. Полај сматра да такав концепт није могућ нити у оквиру обичајног права, нити у оквиру било какве кодификације.[28]

Полај каже да и *ius* има низ конкретних значења, конкретно место, конкретне активности и слично. Он наводи следећи низ значења термина *ius*:

а) место где магистрат одлучује поводом расправе о правима *in rem*, преторов суд. Ово се види из израза *in ius vocatio*, тј. позивање на долазак код магистрата, а који упућује тужилац (*Tab*. I 1), исто као што одводи дужника који није платио, а после полагања руке на њега (*manus iniectio*) на месту *in ius dicere* (*Tab*. III 2);

[24] *Ibid*., 190 191. Биркс сматра да *Tab*. VIII 4. нема никакве везе са каснијим деликтом инјурија. У овој таблици није конституисан одвојен и независан деликт, већ је то интегрални део одредбе о *os frangere*, која је, пак, садржана у *Tab*.VIII 3

[25] A. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano I: Età republicana*, Milan 1979, 15.

[26] E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 7.

[27] *Ibid.*

[28] *Ibid.*

б) активност магистрата (*ius dicere*) у току које он одлучује која је парнична странка у праву поводом спорног питања;

в) реч *ius* означава и први део цивилне процедуре, процес *in iure*;

г) *Ius* указује и на обим моћи коју поседује патер фамилијас, као глава породичне заједнице. Ово подручје моћи наткриљује све људе и имовину за које он може изјавити *meum esse*. Тај домен се може повредити путем неоснованог захтевања *iniuria vindicare*.[29] Ова сфрера је заштићена и овлашћењем датом власнику да примени приватну силу на лопову ухваћеном на делу током ноћи. Треба подсетити да таквог лопова власник може некажњено лишити живота, *iure caesus esto* (*Tab*.VIII 12);

д) обавезујућу снагу изјављене речи у случају нексума, као древног контракта, у случају манципације, као акта путем кога се врши пренос својине. *Ius* још означава и конститутивну снагу изговорене речи код прављења тестамента (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*), *Tab*. VI 1 и *Tab*. V 3. Полај каже да овде *ius* означава правни систем, али само у фигуративном смислу те речи.[30]

Међутим, уколико се доследно изведу последице из Зимонових и Полајевих поставки, може се закључити да је инјурија од самих својих почетака заправо представљала општи концепт противправности. У чему се иначе може састојати противправност него у неовлашћеној употреби приватне силе? Као таква она је супротстављена овлашћеној употреби приватне силе, а то значи појму *ius*. Из ње, на тај начин, настају и диференцирају се поједини прекршаји. Дакле, закључак би био да њихове теорије, у суштини, не придају уско значење појмовима *ius* и *iniuria*, иако су то, на одређени начин, прокламовали као њихов циљ.

Биркс каже да везивање термина *ius* за акте присиле није резултат инхерентног значења ове речи, већ случајни производ система ослоњеног на самопомоћ.[31]

Међутим, овај Бирксов став наилази на врло снажну примедбу да појмови права и противправности управо и јесу уско везани за појам силе. Без силе нема права и обратно. Самопомоћ јесте била

[29] Потребно је приметити да овде Полај сматра да је *iniuria vindicatio* поред неоснованог потраживања туђег роба налазила примену и код неоснованог потраживања било којег другог укућанина, па и имовине. То је, ипак, придавање врло широког значења појму инјурије.

[30] E. Pólay, 15 16. Овде се може изнети примедба слична оној у претходној фусноти. Дакле, преко навођења случајева у којима је појам *ius* налазио примену, Полај покрива малтене целокупан правни поредак.

[31] *Ibid.*, 170 и даље.

у фокусу интересовања архаичних правних система. Али, управо је то разлог зашто се не може рећи да је везивање појма *ius* за акте присиле случајне природе. У ово доба је живот Римљана био прилично груб и не много богат. Сила је све што су видели. С обзиром на то, савим је оправдано наћи у појмовима *ius* и *iniuria* најопштије и супротстављене концепте. Наравно, не може се од друштва на том ступњу развоја очекивати нека систематичнија теоријска обрада било ког правног проблема.

С друге стране, први случајеви повреде нечије имовине, а нарочито повреде нечијег телесног интегритета ипак су били много осетљивије природе. Тачније сматрани су и повредама моралног интегритета, па и социјалног статуса патер фамилијаса, а донекле и интегритета њему потчињених лица. Треба се присетити шта бројна антрополошка истраживања кажу о томе колики су значај предмети личне природе имали за припаднике друштва на истом или сличном степену развоја на коме се налазио тадашњи Рим. Могло би се рећи да су сматрани неком врстом продужења човекове личности, па су и покопавани са преминулим власником. Тачно је да у то време не постоји модеран појам личности, али је тачно и да постоје нека схватања о тој појави. Рудиментарна су, али је нужно да се на одговарајући начин узму у обзир. Чак је и вреднија имовина у таквим заједницама имала одређену неимовинску, тј. моралну вредност. Можда се може рећи да је, због те своје и неимовинске вредности, та имовина била и политичка категорија. Дакле, условно речено, установа јавног права. Напад на њу био је напад на целу заједницу, па и на представнике те заједнице. У случају породичне имовине то је, наравно, био патер фамилијас.

Архаично римско право није знало за касније републиканске концепте *dominium* и *proprietas* који су означавали власништво и својину. Оно је познавало само породичну задругу и власт патер фамилијаса над слободно рођеним члановима породице, над другим људима који су сведени на положај робова (захваљујући ноксалној одговорности), над робовима, животињама и стварима. Све ово је потпадало под формулу коју је патер фамилијас могао употребити у манципацији као чин присвајања, и у виндикацији, као акт одбране, *meum esse*. Дакле, породичну заједницу држе на окупу три овлашћења: *manus*, *potestas* и *mancipium*.[32] Након смрти носиоца функције породичног старешине, *patria potestas* наставља са животом несмањеном снагом. Инјурија се мора посматрати управо у том контексту. Предвиђањем овог деликта штитила се личност патер фамилијаса као својеврсног симбола вечне патријахалне породичне задруге. Инјуријом се називало угрожавање његовог теле-

[32] M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln Graz 1956[2], 3.

сног и моралног интегритета. Али, преко његових *manus*, *potestas* и *mancipium* посредну заштиту су налазили чланови њему потчињеног домаћинства.

Управо овако широко схваћен објекат заштите даје за право гледишту које у инјурији од самих њених почетака препознаје најшири концепт. Може се видети да је инјурију од почетака било тешко не само одредити као искључиво деликтну категорију, већ је и у оквиру своје деликтне природе штитила разнородне објекте (и имовину и телесни и морални интегритет). Толики број заштитних објеката, а нарочито њихов значај за оновремену римску заједницу, говори у прилог тога да је инјурија од самих почетака била нека врста општег концепта противправности. Из ње су се временом диференцирали посебни деликти.

Пенални систем је, у суштини, заснован на природи заштитног објекта. Због те своје карактеристике он нам може бити од велике помоћи у самом напору дефинисања инјурије. Што је већа вредност заштитног објекта, оштрија је реакција друштва због његовог угрожавања. У условима сиромашног сељачког друштва мали је број заштитних објеката. Сам Полај каже да је то, што се инјурије тиче, у ствари патер фамилијас као шеф кућне заједнице, а преко њега цео традиционални поредак вредности.[33] Треба подвући да диференцијација прекршаја започиње управо диференцијацијом заштитних објеката. Дакле, са развојем друштва бележи се паралелан процес обогаћивања пеналног система. Права теорија кривице долази много касније, јер и појединац добија на значају много касније. Појединац је одговарао и за хирове судбине. Јер, судбина као концепт, по природи ствари, не познаје случајност. То значи да не зна ни за нехат.

Можда се може рећи да је инјурија, у овом периоду, подразумевала повреду свих видова поретка, с обзиром на то да нису издиференцирани. То значи и повреду обичајног права и морала. Дакле, треба проширити њено значење, насупрот наведеном Момзеновом гледишту.[34] Управо друштвено-економски услови живота архаичног Рима иду у прилог том ставу, а не обратно као што то сматра Полај.

Полај и Зимон једноставно не верују да су примитивна друштва могла размишљати у терминима легалности и илегалности. Поставља се оправдано питање зашто то не би било могуће? Наравно, то њихово промишљање није било систематично, као што ни њихови законски зборници нису кодификације у правом смислу те речи. То су, боље је рећи, *примитивне апстракције*. Њихова основна одлика

[33] Вид. фн. 29 и фн. 30.

[34] Вид. *supra*.

би била да нису јасно дефинисане. О њима се може закључити на основу њихових појединачних манифестација.

Уколико се ослонимо на истраживања антрополога Клод Леви Строса (*Lévi-Strauss*) можда бисмо могли изнети тврдњу да су римски свештеници, правници и законодавци оперисали „знацима“, а не појмовима. Појам је потпуно отворен према стварности, а знак захтева да се у стварност унесе и нешто људско.[35] Инјурија би се тако могла одредити као „знак противправности.“[36]

За архаично право о инјурији постоји јасна потврда и доказ једино у оквиру *legis actio sacramentum in rem*. Али, то не значи да других видова „противправног понашања“, понашања супротног обичајима предака (*mos maiores*), није било. Јер, поредак подразумева и хаос, па и у уму људи на примитивнијим ступњевима живљења.[37] Поредак подразумева и забрањена, „противправна“ понашања.

Даубе (*Daube*) полази од констатације да не може бити никакве сумње да термин *iniuria*, може језички указивати на било које противправно понашање. Језичко формирање ове сложенице *in-iuria* је сувише јасно да би произвело било какве погрешне интерпретације. Даубе је мишљења да је реч *iniuria* и пре Закона XII таблица имала значење противправности уопште.[38] Даубе наставља и каже да не смемо упасти у замку и закључити да инјурија није представљала општи појам, чак и у времену тако далеком од њеног настанка. Из истих разлога је и увреда била процесуирана путем *actio iniuriarum*, јер она не проузрокује било какву телесну повреду нити се њоме наноси телесна бол. Она се назива инјуријом јер је оптужени учинио нешто погрешно, нешто забрањено, нешто неправедно и нешто што није у складу са правом.[39]

У времену пре Закона XII таблица патер фамилијас је био сама основа друштвеног поретка. То је у великој мери остао и након доношења овог закона. У процесу диференцирања кривичних дела превагу је добијао јавни интерес. С друге стране, патер фамилијас је све мање био основа друштвеног поретка и самим тим је и деликт инјурија мењао свој карактер. Из њега се издвајају други деликти који почињу да носе другачије, конкретније називе.

---

[35] K. Levi Stros, *Divlja misao*, Beograd 1978, 60.

[36] Противправности схваћене у најширем смислу, као супротстављене обичајима предака.

[37] K. Levi Stros, 84 каже да нема никакве разлике између мисли примитивног и мисли слободног човека.

[38] D. Daube, „Societas as a Consensual Contract“, *Cambridge Law Journal* (*CLJ*) 6/1938, 401 403.

[39] D. Daube (1938), 401 403.

У оквире одредбе о *iniuria* у *Tab*.VIII 4. улазе, вероватно, незнатнији напади на физички, а преко њега и на морални интегритет појединца.[40] Док друге две одредбе имају у виду искључиво насртаје на нечији физички интегритет.[41] Да ли је Закон XII таблица познавао *iniuria extra corpore*?[42]

Одговор на ово питање мора бити изведен након разматрања проблема корена вербалне увреде и клевете у Закону XII таблица.

3. МАГИЈА ИЛИ УВРЕДА И КЛЕВЕТА

Tab. VIII 1. a: Qui malum carmen incantassit...

Овај фрагмент говори о изговарању злих чини бајањем (*malum carmen*), а које су уперене против друге особе. Очигледно је да је да је ова одредба усмерена против широко распростањене праксе примене тзв. црне магије.[43]

Међутим, тешко да се може тврдити да су творци ове одредбе били крајње рационална бића, која нису веровала у разарајуће дејство речи изговорених у форми црне магије. Пре ће бити да су се плашили црне магије као такве. На такав закључак наводи врло сурова санкција која је овде предвиђена.[44] Онај који не верује у могућност

---

[40] О првобитној садржини овог деликта извори нам ништа не говоре. Постоји само известан навод код Гелија (*Gellius*), A. Gellius, *Noctes Atticae* 20.1.13. О овом питању вид. D. V. Simon, 163 и F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius,* II, Oxford 1953, 217.

[41] *Tab.*VIII 2. *Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*.
ab.VIII 3. *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito.*
ab.VIII 4. *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto*, C. G. Bruns, 29.

[42] Андреја Катанчевић је изнео став „да је деликт инјурија Закона дванаест таблица сасвим одређен и савременицима познат деликт, који штити не *тело*, већ *част* римског грађанина. На тај начин, ако бисмо желели да деликт инјурије дефинишемо речником савременог права, могли бисмо да употребимо једноставно реч 'увреда'", А. Катанчевић, „*Iniuria alteri facta* преткласичног римског права", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 293. Рекло би се да овај Катанчевићев став не може избећи примедбу да данас деликт *inuria alteri facta* не изгледа нимало одређено ни јасно. О његовој првобитној садржини извори ништа не говоре.

[43] Најобухватније расправе о овом питању се налазе у: R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Breslau 1903, 11 28; P. Huvelin, „La Notion de l''iniuria' dans le très ancient droit romain", *Annales de l' Université de Lyon* 13/1903; Од скоријих значајан је рад аутора A. Manfredini, *La diffamazione ver bale nel diritto romano I: Età republicana*, Milano 1979, 1 90. Момиљанов (*Momiglia no*) приказ дисертације Лоре Робинсон (*Robinson*) може бити врло користан за ово питање, A. Momigliano, „Review (Reviewed work: Freedom of Speech in the Roman Republic by Laura Robinson)", *The Journal of Roman Studies* (*JRS*) 32/1942, 120 124.

[44] A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953 наводи да је овде реч о смртној казни која има наступити шибањем, *fustuarium suppllicium*.

да се преко црномагијских ритуала утиче на судбину људи истовремено не сматра да они заслужују тако оштру реакцију заједнице. Тако да ова одредба не мора имати реформаторски карактер у односу на обичајно право.

Incanto је сложеница настала од речи *in* и *canto*, где прва носи значење „против“, а друга „омађијати“. Дакле, Закон XII таблица не представља радикални раскид са нормама *fas*-а. Али, он их и не мења значајније.

Tab. VIII 1. b: Si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.

Occento је сложеница настала од речи *ob* и *canto*. Прва носи значење „пред, испред“ и мисли се на сучељавање у јавности, а друга значи „зачарати“, „певати“. По Фесту (*Festus*), преци Римљана су користили реч *occentare* у исту сврху ради које су правници, његови савременици, користили израз *convicium facere*.[45] Дакле, за нешто што је урађено гласно и са одређеним певачким модулацијама како би се могло чути са веће дистанце, срачунато да буде *turpe* (прекршај), јер се веровало да је учињено *non sine causa*. *Condo* значи „направити, компоновати.“ У овом контексту *condo* упућује на састављање формуле за клетву. Дакле, на црну магију. Суровост у кажњавању[46] може се објаснити тиме што су архаична друштва, друштва части и као таква инфамију сматрају озбиљним умањењем части.[47] С друге стране, црна магија је сматрана великом претњом друштву и самим тим врстом јавног преступа. То је разлог раног издвајања одредби о магији и њиховог одвојеног егзистирања у Закону XII таблица.

Тек у другој пловини другог века пре Христа уз термин *carmen* је припојена реч *libellus*. Тако су *libellus famosus* и *carmen famosum* постали еквивалентни појму клевете. Овде већ може бити речи о данку процесу еманципације *ius*-а од *fas*-а.

Потребно је подробније обрадити питање да ли је наведена одредба Закона XII таблица била још један случај инјурије, увреда части, или, пак, значи нешто друго. У том погледу намеће се један навод Цицерона (*Cicero*). Наиме, Августин (*Augustinus*) цитира пасус из сада изгубљене Цицеронове четврте књиге *De Re Publica*.[48] Овај

[45] Festus, 190.32 L.

[46] Cicero, *De re publica* 4.10.12. Цицерон говори о примени смртне казне у овом случају.

[47] *Infamia* је представљала јавну осуду. Могла је наступити због извесних правних активности (*infamia iuris*) које су за собом повлачиле умањење одређених правно политичких капацитета физичког лица. Могла је уследити и због прекршајне (*turpe*) радње (*infamia facti*), која просто умањује грађанску част (*existimationis mi nutia*).

[48] Augustinus, *De civitate Dei* 2.9.

пасус се односи на говор за Сципиона Емилијана. После напомена о великој слободи која влада на грчкој позорници, Цицерон каже:

Nostrae contra duodecim tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive Carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.[49]

Цицерон поново цитира ово правило у *Tusculan Disputationes*. Говорећи о поезији међу ранијим генерацијама Римљана, он истиче да *quamquam id quidem etiam duodecim tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen; quod ne liceret fiery ad alterius iniuriam lege sanxerunt.*[50]

Дакле, Цицерон каже следеће: „Наших дванаест таблица наводе неколико случајева прекршаја запрећених смртном казном. Сматра се да су то ови: ако неко баца чини бајањем на некога или је саставио песму којом је нанео срамоту или бешчашће другоме. Казна за бајање (*incantare=occentare*) била је смрт." Дакле, Цицерон међу ове прекршаје смешта и увредљиве песме.

Плиније (*Plinius*) упућује на дебате о питању да ли су зла бајања имала било каквог ефекта:

Maxime quaestionis, et simper incertae est, valeantme aliquid verba et incantamenta carminum. –Quid? Non et legume ipsarum in XII tabulis verba sunt: „qui fruges excantassit" et alibi „qui malum Carmen incantassit."[51]

Овде су видљива два прекршаја. Наиме, врачање над летином и мађијање. Цицерон, међутим, поводом ових случајева не говори о инјурији. То не чини ни Плиније. Термин инјурија једино користи Цицерон у вези са појмом *carmen* на следећи начин:

...quamquam id quidem etiam Duodecim Tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen: quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt.[52]

И други писци говоре о овом проблему. Најважнији међу овим изворима је Хорацијев (*Horatius*) навод који каже да је у раном Риму оно што је иначе сматрано пожељном слободом, у времену празника виђено као опака клевета, тако да:

Lex poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam describi; vertere modum, formidine fustis ad bene dicendum delectandumque redacti.[53]

---

[49] Cicero, *De re publica* 4.12; Augustinus, *De civitate Dei* 2.9.

[50] Cicero, *Tusculan Disputationis* 4.4.

[51] Plinius. *Naturalis Historia* 28.2.10 17.

[52] Cicero, *Tusc*. 4.4.

[53] Horatius, *Epistularum* 2.1.152 155.

Лако је приметити да Хорације овде не помиње инјурију. Постоје и каснији извори који изричито помињу Закон XII таблица и термин *carmen*. Тако Павле (*Paulus*) у Сентенцијама каже:

Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est: lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis...[54]

Интерпретација ових одредби Закона XII таблица је врло дискутована у литератури. Не само да постоји жива расправа у погледу питања значења појединих речи и фраза, већ постоји и значајна несагласност у погледу питања које су речи и фразе заправо биле саставни део оригиналног закона.

Ниједан аутор, сем Манфрединија (*Manfredini*), не сумња у аутентичност пасуса који је цитирао Плиније.[55] Такође, нико не сумња у први део који је цитирао Цицерон када говори о садржају Закона XII таблица, *si quis occentavisset*.[56] Други део који је Цицерон цитирао *sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitumve alteri*,[57] изазвао је више дебата. Има аутора који заступају ставове да је нешто од овога или, пак све, у ствари каснија интерпретација и да није оригинални део Закона XII таблица.[58] Међутим, постоје и они који сматрају да се фраза *carmen condidisset* (или вероватније *condissit*) налазила у верзији Закона XII таблица с којом су били упознати Цицерон и Хорације.[59]

Поставља се питање да ли се Закон XII таблица односио на магију као што то тврди Плиније, или, пак, на клевету, као што нам предочава Цицерон?

Овај проблем је формирао три групе одговора. Једну чине аутори који сматрају да се ови наводи односе на две одвојене и независне одредбе. Ово је случај са већим делом литературе деветнаестог века, али ужива и подршку новијих аутора.[60] Они се супротстављају

---

[54] Paulus *Sententiae* 5.4.6.

[55] A. Manfredini, 1 90.

[56] Cicero, *De re publica* 4.12; Aug. *De civitate Dei* 2.9.

[57] Cicero, *De re publica* 4.12; Aug. *De civitate Dei* 2.9.

[58] H. Usener, *Kleine Schriften 4*, Leipzig 1913, 361 и 372 сматра да је оригинални текст био *occentassit quo flagitium faceret alteri*, зато што, по његовом схатању, *car men* није могло креирати *flagitium.* F. Beckmann, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit. Ein Beitrag zur Geschichte und Interpretation des Zwölftafelrechtes*, Osnabrück 1923, 61 63 каже да је све после *occentassit* у ствари објашњење које је дао Цицерон, који није разумео значење глагола *occentare*.

[59] G. L. Hedrikson, „Verbal injury, magic, or erotic comus?“, *Classical Philology* (*CP*) 20/1925, 307 308.

[60] У новије време A. Momigliano, 121; H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1932, 175.

Ивленовој (*Huvelin*) тврдњи да су Цицерон и Хорације погрешно идентификовали врачања са *carmen famosum*.[61] Тако Јоловиц (*Jolowicz*), сматра да су Цицеронове речи *si quis... flagitumve alteri* директни наводи из Закона XII таблица. Јоловиц сматра да *sive carmen condidisset* не може бити објашњење за *occentavisset*. По њемu, *occentare* није и не може бити синоним за *incantare.* У V веку пре Христа такав закон је сасвим разумљив и неопходан, каже овај аутор. Одавде он изводи закључак да не постоји оправдани разлог за сумњу у Цицеронове речи и за сумњу у његово исправно разумевање њиховог значења.[62] Њему је просто невероватно да Цицерон, као један од водећих правника свога времена, који је у свом детињству, по сопственом казивању, с љубављу учио Закон XII таблица,[63] није разумео значење израза употребљених у њему. Такође је, по њему, невероватно да га је у овом неразумевању Закона следила комплетна правна струка његовог доба. Исто тако није вероватно да су правници били тако заслепљени да су стварно значење појма *occentare* дефинисали као *quod nunc convicium feserit dicimus*.

Аргументација Јоловица никако не може избећи Хорацијево изричито инсистирање да ови појмови наступају заједно. Готово сви редактори, од Брунса (*Bruns*) па надаље, приписују их истој одредби.[64]

С друге стране, Ивлен каже да је једино Плиније у праву, док Цицерон, Хорације и остали погрешно интерпретирају пасусе које цитирају, а који се у ствари искључиво односе на одредбе усмерене против магије. Дакле, по његовом мишљењу, Закон XII таблица овде има у виду искључиво магију. Ивлен претпоставља да је изворно значење речи *occentare* било „бајати магичне речи.“ Он сматра и да се у другом делу Цицероновог упућивања на Закон XII таблица огледа његово погрешно објашњење значења ових речи.[65]

Машке (*Maschke*), који у суштини припада истој групи аутора у којој је и Ивлен, покушава да очува независно постојање категорије магије и категорије клевете. Њихову повезаност у овом случају

---

[61] P. Huvelin, 388 403 и 475; такав став дели и G. Pugliesi, *Studi sull' „iniuria“*, Milan 1941, 22.

[62] H. F. Jolowicz, 175.

[63] Cic. *De Legibus* 2.59.

[64] C. G. Bruns, 28 29; S. Riccobono, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars Prima: Leges*, Florence 1941[2], 52; E. H. Warmington, *Remains of Old Latin 3*, Cam bridge 1938, 474 475; Брунс објављује Плинијев навод као *Tab.VIII 1a*, а Цицеронов пасус као *VIII 1b*; Рикобоно (*Riccobono*) следи Брунса, а Вармингтон (*Warmington*) им мења редослед.

[65] Вид. фн. 61. Овакво схватање дели и R. Maschke, 11 28. Даље га је развио F. Beckmann, 61 63. Од новијих аутора прихвата га E. Polay, 40 фн. 46. Полај се потпуно слаже са Бекманом (*Beckmann*) који каже да оба израза говоре о врачању (магији) и да то потврђује и смртна казна, која је предвиђена за ове случајеве.

објашњава тиме што је особа која је уклела другог у својој клетви изнела и којим начинима ју је та особа повредила. На тај начин је допринела лошој репутацији особе која је предмет клетве. Тиме ју је и оклеветала.[66]

Постоји и трећа група аутора који кажу да Закон XII таблица једноставно садржи једну одредбу о магији и другу о клевети. Они то чине без икаквог покушаја да објасне како то да су ови термини истовремено наведени.[67]

Међутим, Рајвз (*Rives*) развијајући Хендриксонова (*Hendrickson*)[68] запажања, истиче да употреба алтернативних речи и фраза у Закону XII таблица уопште, указује на јединствену категорију. Рајвз не види магију и клевету као супротстављене алтернативе, већ као исту страну медаље. Он недостатак финијег разликовања између клетве и клевете види и у другим језицима, као што су енглески и рани ирски, на пример. Такође, сличну тенденцију налази и у латинском језику. Тако да, по њему, разлика између Плинијевих и Цицеронових навода и није тако велика, јер обојица упућују на „проклетство" у овом ширем смислу. У свом чланку, Рајвз доводи до занимљивог преокрета. Он сматра да су сви претходни аутори грешили, јер су непотребно били оптерећени појмом „магија". Према њему, наведене одредбе Закона XII таблица немају ама баш ништа са магијом. Рајвз сматра да су касније интерпретације овог закона желеле да у њему виде одредбе о магији.[69]

Треба приметити да ни Рајвз не решава ово питање, јер би његов коначни закључак био да је Закон XII таблица и имао, и да није имао у виду магију.

То што на овом степену развоја многи језици, па и латински, не поседују финије разликовање између клетве и клевете само говори у прилог тога да још увек не може бити речи о формирању значајнијег процеса еманципације *ius*-а од *fas*-а. Преторска вербална инјурија је установљена тек у Цицероново време. Прикладније изгледа Ивленова и Полајева интерпретација која каже да термин *iniuria* који користи Цицерон у вези са појмом *carmen* управо указује на ово преторско

66 R. Maschke, 23 25. Ово су прихватили G. Pugliese, 22 25 и M. Kaser, *Das rőmische Privatrecht*, München 1971, 155.

67 C. G. Bruns, 29: *Utramque vocem „incantassit" et „occentassit" in XII tab. Scriptam fuisse, earumque alteram ad artes magicas alteram ad convicia famosa spec tasse, e locis supra allatis patet*; A. D. E. Lewis, M. H. Crawford (ed. M. H. Crawford), *Roman Statutes 2*, London 1996, 677 679.

68 G. L. Hendrickson, „Verbal injury, magic, or erotic comus?", *Classical Philol ogy* 20/1925, 289 308.

69 J. B. Rives, „Magic in the XII Tables Revisited", *The Classical Quarterly* 52/2002, 285 290.

чедо, а не на *malum carmen* Закона XII таблица.[70] *Malum carmen* је Цицерон погрешно идентификовао са *carmen famosum* његовог времена. Смртна казна која је у Закону XII таблица била предвиђена за случај *malum carmen incantare* никако не може бити компатибилна са природом цивилне процедуре. С друге стране, римски грађанин је на смрт могао бити осуђен само од стране *comitia*. По Закону XII таблица у кривична дела се убрајају: намерно подметање пожара (VIII 10), окупљање ноћу у граду (VIII 26), ноћна испаша на усевима (VIII 24.b), охрабривање непријатеља или предаја грађанина непријатељу (IX 5), поткупљивање судије (IX 3), наношење штете магичним моћима у вези са *malum carmen incantare* (VIII 8.a-b). Дакле, Закон XII таблица за *malum carmen incantare* и за *fruges excantare* предвиђа казну *capite sanxissent*.[71] Смртна казна је извршавана одсецањем главе. Према томе, *malum carmen* и *carmen famosum* никако не могу бити идентичне појаве. Једна од њих је представљала врачање кажњавано смртном казном. Друга је била деликт, развијен у каснија времена преторским интервенцијама и санкционисана је новчано. Ове новчане казне је одређивао претор на иницијативу тужиоца. Ово је схватање и Момзена[72] и Либса (*Liebs*)[73] који су изричити у тврдњи да је *malum carmen* Закона XII таблица припадао кривичном праву и сходно томе био санкционисан смртном казном. Ивлен сматра да злонамерно певање (*malum carmen*) нарушава космички баланс добра и зла и да се зато такав чин мора окрутно сузбити.[74]

Дакле, појам инјурије је у ово време једино обухватао физичке акте, а репресија вребалних деликата се развила тек од средине и нарочито крајем Републике. Казер, разматрајући случајеве инјурије предвиђене у Закону XII таблица, не помиње као такве ни *malum carmen incantare*, а ни *occentare*.[75]

Правно-технички термин за увредљив говор јавно изречен, као различит од оних написаних и објављених, био је *convicium*. Међутим, он по Ивлену имплицира и идеју кооперације, идеју удружено изречене увреде.[76] Преторски едикт који је предвидео накнаду за овај деликт, доступан је захваљујући Улпијану који се, пак, позива на Феста:

[70] Вид. фн. 63.

[71] Cicero, *De re publica* 4.10.12.

[72] Th. Mommsen, 639 643.

[73] D. Liebs, *Rőmisches Recht*, Gőttingen 1975, 288.

[74] P. Huvelin, 407 409 и 431 433.

[75] M. Kaser (1949), 207.

[76] P. Huvelin, 430: *convicium facere implique une idée de coopération, done de pluralité. Il faut nécessairement que plusieurs personnes soient reunites pour qu'il y ait possibilité de convicium. Les auteurs juridiques he continues... Ce n'est que tar divement que convicium a pris le sens d'insulte proférée par une personne isolée.* Овај

qui convicium fierit: in eum iudicium dabo.[77] Овај едикт је својеврсни парњак старој одредби Закона XII таблица, која је за *occentare* предвидела смртну казну. Наиме, пошто су појмови *occentare*, *excantare* и *incantare* били уско везани за злонамерна врачања и клетве, може се рећи да су они и својеврсни корени вребалног деликта, увреде. Дакле, својеврсни корени каснијег деликта *convicium*.[78]

4. ЗАКЉУЧАК

Инјурија је од самих почетака представљала прекршај којим се угрожавао патер фамилијас, као основа друштвеног поретка. Дакле, представљала је прекршај који је обухватао сва противправна понашања. Инјурија на почетку подразумева повреду свих видова поретка, с обзиром на то да нису издиференцирани. То значи и повреду обичајног права и морала. Како је патер фамилијас све мање био основа друштвеног поретка, тако је и инјурија мењала карактер. Са развојем друштва јављају се нови заштитни објекти, а деликт инјурија доживљава диференцијацију. Тако едикти који се односе на инјурију нису само изменили санкције, већ су и проширили *actio iniuriarum aestimatoria* на друге посебне деликте, правно непознате до тог тренутка.

Захваљујући истом процесу диференцијације заштних објеката, увреда (заоденута у *malum carmen incantare* и *fruges excantare*) се ослобађа магије и улази у сферу приватних интереса појединца. Сходно томе бива и процесуриана путем *actio iniuriarum.* Али, сада истински слободан појединац није више само патер фамилијас. Процес диференцијације заштитних објеката за своју круну има издвајање деликта увреде или *convicium*-а.

Магијска пракса је од својих почетака представљала предмет засебног и снажног интересовања друштва. Вероватно због тога она није ни препуштена некаквом општем појму какав је био појам инјурије. Речи су у примитивним друштвима поседовале мистичну снагу. Стога су и живеле у засебном, мистичном свету. Последице магије су могле бити оклоњене само адекватном магијом. Из тог разлога и не може бити речи о увреди као једном од случајева инјурије у ово време. Закон XII таблица је вероватно за циљ имао да пракси примене магије стане на пут, због чега је према њој и био тако репре-

Ивленов став је заснован на етимологији речи *convicium*, али и на дефиницији коју је предочио Улпијан, *D.* 47.10.15.4.

[77] *D.* 47.10.15.2.

[78] Модерна романистика под појам *convicium* подводи и оно што се данас на зива клеветом, E. Pólay, 103.

сиван. Зато Закон XII таблица није ни могао познавати *iniuria extra corpore*, са свим видовима, последицама и значајем који акт увреде данас има.

Ognjen Vujović, M.A.

Assistant Lecturer
University of Priština – Kosovska Mitrovica

THE ROOTS OF *INIURIA* AND *CONVICIUM* DELICTS

Summary

The early delict of *iniuria* represented a wrongful act, wrongfulness. It was the act which put in danger private interests of *pater familias*, who was the pillar of social establishment. The role of *pater familias* in Roman society started to gradually deteriorate. Nevertheless, the requirement of the endangered goods being in the sphere of *pater familias*' private interests, remained crucial for determining the scope of the delict. On the other hand, black magic was considered a great threat to the society. It was differentiated from the delict of *iniuria* very early. The Law on XII Tables contains special provisions sanctioning the use of magic as a separate delict. Roman concepts of *occentare*, *excantare* and *incantare* were narrowly connected to the malicious fortune-telling and curses. Each of them represented a kind of verbal delict (insult), and had its place in the history of another delict, *convicium*. When Roman law started to loose its close relation to religion, the delict of insult was liberated from elements of magic, and moved to the sphere of protection of private interests of the individual.

Key words: *Iniuria. – Convicium. – Legis actio sacramento in rem. – Incantare. – Occentare.*

УДК 340.15(497.11)"13" ; 347.65/.68(497.11)"13"

Нина Кршљанин, мастер права

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs

ИЗУЗИМАЊЕ (ИСКЉУЧИВАЊЕ) ИЗ НАСЛЕЂА И ПИТАЊЕ НАМЕНЕ ДУШАНОВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ*

При редакцији Скраћене Синтагме за коју Соловјев сматра да је извршена за потребе царских судова установи изузимања из наслеђа је посвећено доста пажње. Међутим, како аутор примећује, није логично да би овај институт био релевантан за судије у Душаново време, будући да је изузеће спроводио сам тестатор, док је састављање завештања било у надлежности цркве. Аутор укратко анализира остатак текста Скраћене Синтагме, са циљем да открије да ли је наведени (већ општеприхваћени) критеријум доследно примењен, тј. да ли су све избачене одредбе непотребне царским судијама, као и да ли има још задржаних које им нису корисне. Као коначни закључак се намеће став да су одредбе о изузећу морале бити намењене управо тестаторима, што отвара питање намене читаве Душанове кодификације. Аутор износи још неколико аргумената у прилог тога да је она била намењена, између осталог, и царевим поданицима, али признаје да би додатна истраживања била неопходна да би се тај став могао сматрати научно доказаним.

Кључне речи: *Средњовековно српско право. Душанова кодификација. Скраћена Синтагма. Изузимање од наслеђа. Сврха кодификације.*

1. УВОД

Српски средњовековни извори прилично оскудно регулишу материју наследног права. Како Тарановски наводи, „[п]остојећи спо-

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)".

меници не пружају нам неки систем наследног права, него садрже само поједине одредбе као и индиректне индикације о наслеђивању“.[1] Додуше, он у поменутом капиталном делу највише пажње посвећује Душановом законику и владалачким повељама – чисто српским правним изворима – док прописе директно преузете из Ромејског царства, попут Скраћене Синтагме Матије Властара или такозваног Јустинијановог закона, једва спомиње.[2] И када се бави њима, Тарановски их користи као помоћне изворе за тумачење оних које детаљно разматра, а не као непосредне објекте анализе.[3] У многим областима права, поготово грађанског, разлог овако малог броја одредаба и њихове (релативне) несистематичности у Душановом законику је управо њихово постојање у далеко ширем и детаљнијем облику у реципираним изворима. Међутим, у погледу наследног права ситуација је нешто специфичнија.

Наиме, још од времена примања хришћанства од стране Словена је уобичајено да већина наследноправних питања остаје у надлежности цркве.[4] Стога је при скраћивању Властареве Синтагме из ње избачен известан број одредби које се тичу наследног права; нарочито је приметно да су потпуно изостављене две главе о облику тестамента и једна о легитимном делу. Соловјев ово тумачи као „знак да су редактори СС потпуно остављали у делокругу цркве писање и редиговање тестамената, и да су сматрале [*sic*!] одредбе о томе као непотребне за царске судије“.[5] Ово на први поглед није уопште необично: напротив, редактори Синтагме[6] су се таквим ставом руко-

[1] Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави*, Београд 1996, 662.

[2] Ни други аутори који су се пре њега бавили српским средњовековним наследним правом не узимају ове прописе у обзир. Вид. А. Јовановић, „Наследно право у старих Срба: прилог чл. 100 и 101 Душанова законика“, *Отаџбина* 19/1888, посебно 257 272 и Б. Петрановић, *О праву насљедства код Срба: на основу правних обичаја и писаних споменика*, Београд 1923, 12 и даље.

[3] Види тако нпр. у области наследног права објашњење појма „третије бра тучедо“ у Душановом законику путем грчког τρισεσαδελφος из Властареве Синтагме; Т. Тарановски, 664.

[4] Види А. В. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 133 и даље.

[5] *Ibid.*, 138.

[6] О томе ко су заправо били редактори СС, као и остатка Душанове кодификације, не знамо ништа. Љубица Кандић износи претпоставку да је за при прему нормативних аката била задужена „вероватно служба Царске канцеларије по византијском узору“, али и она признаје да је то отворено питање на које тек „у даљем проучавању треба дати одговор“, Љ. Кандић, „Законик цара Стефана Душа на“, *Анали Правног факултета у Београду*, 6/1976, 626. Јанковић сматра да су СС и ЗЈ, попут Номоканона Светог Саве, „уношени у Србију преко цркве и свештенства“, али не износи доказе за своје мишљење, Д. Јанковић, „Значај Душановог Законика“, *Историјски гласник* 3/1949 сепаратни отисак, Београд 1949, 29.

водили и у осталим областима. Штавише, Соловјев у овоме види у томе „јак доказ да је СС рађена ради царског суда“.[7]

Међутим, одредбе о изузимању од наслеђа су не само задржане, већ им је и посвећено више пажње него у Потпуној Синтагми: једна глава у којој је регулисана ова материја је у Скраћеној Синтагми подељена на три, тако да су посебно издвојене главе о изузимању десцендената и асцендената. Очито је да су редактори ове одредбе сматрали неопходним – па чак није било довољно само задржати их, већ су ресистематизоване како би обема групама разлога за изузимање из наслеђа била посвећена посебна пажња.[8] Соловјев то образлаже на следећи начин: „[з]бог своје везе са кривичним правом ове су главе ушле у СС, као обавезне за царске судије“.[9] Аутор не посвећује даљу пажњу овом питању, сматрајући да је наведеним објашњењем све речено.

Да ли је заиста тако? Одредбе о изузимању из наслеђа су, несумњиво, повезане са кривичним правом на теоријском нивоу путем чињенице да највећи број разлога за изузеће истовремено представља и кривична дела. Али, каква је њихова веза у пракси? Изузимање засигурно спроводи сам тестатор, а не суд *ex officio*. Мада су подаци о средњовековној судској пракси изузетно оскудни, бар на први поглед се не види да би (или зашто би) ове одредбе судијама биле неопходне за пресуђивање у кривичним стварима. Са друге стране, сасвим је логично да би оне могле бити потребне (или барем корисне) црквеним лицима која учествују у састављању тестамента. Да ли то, онда, значи да постоји неки други разлог што су ове одредбе задржане и наглашене у Скраћеној Синтагми или, напротив, да су оне које су избачене изостављене због нечега другог, а не због своје непотребности за царске судије? Како год било, чини се да критеријум Душанових редактора ипак није тако сигурно и непогрешиво утврђен као што изгледа.

Одговор на горе постављена питања је могуће тражити у два правца. Прво, могло би се поћи од претпоставке да критеријум који наводи Соловјев – избацивање из текста Синтагме оних одредби које нису потребне царским судијама – није валидан, па покушати да се нађе алтернативни критеријум који би оправдао задржавање једних, а изостављање других одредби. С друге стране, могло би се при-

[7] А. В. Соловјев, 138.

[8] У млађој редакцији Душановог законодавства, где је материја СС подељена између ДЗ и ЗЈ, ове одредбе су се наиле у саставу тзв. Закона цара Јустинијана. За анализу ове материје у Паштровском рукопису вид. Б. Марковић, „Наследно право у Душановом законику и у Закону цара Јустинијана“, *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења,* САНУ, Београд 2005, посебно 74 77.

[9] А. В. Соловјев, 138.

знати да и логика, и постојећа грађа у многоме иду у прилог овом критеријуму, али да се он – и при начелном слагању с њим – не може безусловно и у потпуности прихватити без постављања одређених подпитања. Пре свега, да ли је овај критеријум апсолутно поштован у тексту СС, то јест да ли су све одредбе које су из ње избачене биле непотребне за царске судије?[10] Затим, ако се утврди да је то тачно, неопходно је запитати се и да ли је *argumentum a contrario* примењив, односно да ли то нужно значи да су им све задржане одредбе корисне? Тек уколико се на ово питање да негативан одговор, могло би се позабавити питањем алтернативног критеријума – али не за избацивање оних одредби које нису ушле у СС, нити за задржавање *свих* одредби које се јесу нашле у њој, већ само оних које нису избачене, а ипак немају употребну вредност за царске судије.

Као што се из формулације наведеног, вероватно, већ да закључити, истраживање у овом раду ће бити конципирано према другом правцу. Рекло би се да би први приступ, иако могућ, представљао одвећ радикално раскидање са у науци заступљеним и на грађи снажно заснованим мишљењем, те да би могао лако одвести у теоретисање на празно, без могућности да се закључци на адекватан начин потврде историјским подацима.

2. О ТИТУЛАРУ ИЗУЗЕЋА

Пре свега, неопходно је потврдити да је изузимање из наслеђа заиста у власти самог оставиоца, односно тестатора, а не да га, на пример, спроводи суд *ex officio* уколико наследник буде осуђен за кривично дело које представља разлог за изузеће.[11] Изричит одговор на ово питање, ипак, даје текст Скраћене Синтагме, на крају дела о разлозима за изузимање десцендената. „**Ѧште единоу оубо от реченныихъ винь на котораго оть дѣтїи родителїе вь своихъ вьпишоуть завѣштанїихъ, и написавшеи се наслѣдници истиннь быти сьоукажоуть, завѣть свою имѣти крѣпость повелѣваемь.**“ [12] Дакле, потреб-

[10] Мора се притом пазити на чињеницу да чак и ако ова претпоставка буде оборена, то не побија аутоматски и тврдњу Соловјева да је СС састављана за царске судове. На крају крајева, лако је замислити да се нека одредба која је са формалне стране савршено подобна за примену од стране световног суда изостави из разлога правне политике   рецимо, зато што се коси са српским обичајима које законодавац у одређеној области не жели да мења.

[11] Колико год овакво решење не било у складу са духом средњовековног пра ва, оно би ипак најједноставније објаснило неопходност одредаба о изузећу за цар ске судије и тиме учинило даље истраживање беспредметним, те се не сме унапред одбацити.

[12] Скраћена Синтагма, састав К, глава 5. Наведено према: С. Новаковић (изд.), „Матије Властара Синтагмат: азбучни зборник византијских црквених и државних

но је да родитељи у својим тестаментима запишу „кривице" деце коју изузимају из наслеђа, односно разлоге због којих то чине. Ни о каквој улози суда у том процесу не може бити речи. Друго је питање да ли ће родитељи сами састављати тестамент (што је у условима у којима је Синтагма састављана, у Ромејском царству, пре могао бити случај), или ће то по њиховом налогу учинити црквено лице, што је вероватно била ситуација у Србији.[13]

Како би се сагледао шири контекст ове одредбе, неопходно је испрва утврдити (или потврдити?) опште критеријуме којима су се руководили редактори Скраћене Синтагме. Читава садржина СС ће бити размотрена укратко, на општем нивоу, док ће нешто више пажње бити посвећено другим одредбама из области наследног права. При овоме ће као руководећа бити узета тематска подела СС коју је у свом *Законодавству* спровео Соловјев[14] – будући да омогућава далеко већу прегледност и ефикасност него анализа текста Синтагме по реду који је преводом са грчког престао да буде алфабетски – а и у осталом ће његова, до данас незамењива, анализа одредаба СС бити од изванредне помоћи.

Можда се може учинити да је овај преглед сувише опширан, те да је непримерено то што – поготово пошто је дотичну материју већ обрадио Соловјев[15] – заузима више места у раду него сам проблем за који он представља претходно питање. Ипак, ради се о кључним принципима на којима је заснована редакција СС, чије потврђивање је неопходно за извођење макар и прелиминарног закључка у овој ствари, а може бити и корисно онима који одлуче да се у будућности темељније позабаве овим питањем.

закона и правила, словенски превод времена Душанова", *Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење: споменици на српском језику, књига IV*, Београд 1907 (у даљем тексту *Синтагмат*), 347. Ова формулација се не понавља изричито код разлога за изузеће родитеља. Ипак, с обзиром на то да се ни разлози за изузеће који се поклапају у обе групе не понављају (већ се само на њих у другој групи кратко упућује), може се аналогно претпоставити да се и општа правила, иако наведена само у глави о изузећу потомака, примењују на обе категорије.

[13] Не сме се ни у једном тренутку сметнути с ума да се ово не може са сигурношћу тврдити, будући да нема сачуваних тестамената са територије средњовековне Србије. Они који потичу из околине Дубровника, мада могу послу жити као референца, ипак не спадају у изворе сазнавања српског права. За њихову анализу види С. Шаркић, „Појам тестамента у римском, византијском и српском средњовековном праву", *Трећа југословенска конференција византолога*, Крушевац 2000, 88 90.

[14] Уз минималне модификације где је то у интересу излагања.

[15] Додуше, из нешто другачије перспективе.

3. ОДРЕДБЕ ИЗОСТАВЉЕНЕ ПРИ РЕДАКЦИЈИ

Апсолутно највећи део садржине Властареве Синтагме који се није нашао у њеној скраћеној верзији чини материја црквеног права. Како Соловјев наводи, „[о]ву су грађу редактори немилосрдно брисали, остављајући само оне одредбе које имају везе са световним правом."[16] Као резултат тога, од 131 главе „о клиру, калуђерству и моралу" остало је свега 26.[17] Уместо три четвртине садржаја, колико су заузимале у потпуној Синтагми, црквене одредбе у СС заузимају једва четвртину.[18] Крајње је очигледно да оне нису биле потребне световним судовима, те се може рећи да њихово избацивање управо чини суштински део скраћивања Синтагме.

У оквиру брачног права – уско повезаног са црквеним – су, такође, изостављена црквена правила везана за ову установу, док су задржани само световни закони. Овде треба имати на уму да се углавном не ради о посебним областима брачног права које би биле релевантне само за цркву[19], већ о делу правила у одређеној области која су искључиво црквеног карактера – углавном правила црквених сабора (и васељенских и месних), светих отаца и патријарха.[20] Што се, пак, световних закона тиче, у овој области нема њиховог изостављања, а Соловјев на пар места напомиње како су неке одредбе преписане „без сваких скраћења" или „врло [...] пажљиво".[21] И у погледу имовинских аспеката брачних односа – пре свега питања миразних давања – редактори не праве никакве измене изузев распореда, без обзира на то што су, како Соловјев сматра, „[о]ве одредбе породичног права доста [...] далеке од славенских схватања".[22]

---

[16] А. В. Соловјев, 93.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.*, 92.

[19] Мада има и тога попут правила Лаодикијског сабора о спровођењу брачних свечаности, које утврђује да хришћанима не приличи да се при слављу баве плесањем или играма, већ да је „приκладнїе имь дрьжати се чистоты". (ПС, састав Г, глава 3. Наведено према *Синтагмат*, 171.)

[20] Вид. на пример, *Синтагмат*, 158 и даље.

[21] А. В. Соловјев, 105.

[22] *Ibid.*, 130 131. Соловјев се ту руководи претежно Кадлецовим ставовима о старословенским миразним обичајима, по којима је девојка у мираз носила само личне ствари, али и сам наводи како је појам прикије, односно прћије одомаћен у Србији (како у оквиру краљевске породице, тако и међу обичним људима) још доста пре Душана, из чега произлази да ово разилажење између одредаба СС и постојеће праксе није толико као што би се на први поглед могло чинити. Ионако треба имати на уму да је Кадлец на цитираном месту говорио пре свега о томе на којим је стварима жена имала својину. „Својина је жени припадала на неким покретним стварима, и то, на оделу, рубљу и накиту, баш које су се ствари после њене смрти полагале с њом у гроб. Право на непокретним стварима нису словенске ћене имале чак ни

Област грађанског права свакако представља битан део Скраћене Синтагме, поготово утолико што српски извори у одредбама из ове области оскудевају. Опште је схватање у науци данас да је разлог за то управо чињеница да је највећи број одредаба у овој области преузет из ромејског (византијског) права без измена, те да су се примењивале директно одредбе реципираних зборника, међу којима СС заузима значајно место.[23] Како би се сходно томе и дало очекивати, дотичне одредбе су при скраћивању углавном задржаване такорећи без измена или изузетака.[24] Штавише, код уговора о остави су редактори додали једну одредбу из Прохирона – из којег су, уосталом, преузете и бројне постојеће одредбе потпуне Синтагме.[25]

Наравно, има и изузетака у овој области – што и не чуди с обзиром на њен обим и разноликост. Највећи од њих је институт камате, представљен у Властаревој Синтагми са две главе које уопште нису ушле у састав СС – дакле, при редакцији су избачене како црквене, тако и световне одредбе. Соловјев, међутим, даје сасвим логично објашњење за ово: биће да је узајамна противуречност ових одредби – које се крећу од опште забране узимања камате, преко

у потоње време, кад се је већ код Словена створило право индувидуалне својине", К. Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века*, превео и допунио проф. Д р Ф. Тарановски, Београд 1924, 82. Наравно, те ствари најчешће и јесу њена миразна добра, али се не може увек између ових појмова ставити знак једнакости; а не сме се сметнути с ума ни чињеница да он у том делу не цитира никакве изворе који би упућивали на тадашње *српско* право и обичаје, вид. *ibid*, 78 83. Будући да је познато да се каснија својинскоправна ситуација у српском праву не поклапа са оним што наводи Кадлец (то јест да су жене могле имати својину чак и на непокретностима), тешко је поклонити поверење оваквим ставовима по питању мираза примењеним на текст Синтагме.

[23] Вид. на пример, А. В. Соловјев, 106 107.

[24] Понегде су само мењани наслови, и често је испред важних одредаба додавана реч **законь**. Такође, површним читањем Соловјева могло би се закључити како тај аутор сматра да је једини спомен уговора о размени у Властаревој Синтагми (иако узгредан) изостављен при њеном скраћивању. Јер, „Властарева Синтагма спомиње размену само узгред, кад по 120. Новели Јустинијановој ограничује отуђивање црквене имовине", док „Скраћена Синтагма не садржи ни једне речи о уговору размене", *ibid*, 116 и 117. Ипак, консултовањем текста Синтагме је лако утврдити да се не ради ни о каквом, па макар и узгредном, навођењу *правила* закључивања уговора о размени, већ само о навођењу овог уговора *exempli causa* код забране располагања црквеном имовином. Тако „**сице не тврьдо да ѥсть дѣаніе, любо продажда любо замѣна боудеть**", односно „**[о]ть законь же отложеніе оубо глаголѥть се истѣіе прѣложеніе владычьства, сирѣчь дарованіе, проданіе, насажденіе, замѣнѥніе и подобнаѩ**". ПС, састав Е, глава 16, наведено према *Синтагмат*, 281 и 285.

[25] А. В. Соловјев, 119. У питању је одредба којом се оставопримцу налаже да се о предмету оставе стара са пажњом коју посвећује својим стварима; у супротном се сматра кривим за евентуалну штету која на ствари настане, СС, састав П, глава 1. Наведено према Т. Флоринский, **Памятники законодательной дѣятельности Душана, Царя Сербовъ и Грековъ. Хрисовулы. Сербскій Законникъ. Сборники византійскихъ законовъ**, Кіевъ 1888, приложеніе V, 192; такође коментар у *Синтагмат*, 426, фн 1.

прописивања те забране само за црквена (свештена) лица, па до прописа који регулишу неке конкретне аспекте овог института (попут ограничавања максималне каматне стопе или забране интереса на интерес), из којих очито произлази његова дозвољеност – деловала нескладно и збуњујуће Душановим редакторима, те су се они одлучили да изоставе целокупну материју Синтагме о камати.[26] Додуше, он ту претпоставља да је поменута противуречност вероватно „натерала српске редакторе на мисао да их избришу и да замене неком јаснијом новелом“,[27] али и сам признаје да није познато да је таква новела била издата после доношења првог дела Душановог законика. Када се узме у обзир (позната) садржина другог дела Законика и материја која је тада додавана и мењана, ни не чини се вероватним да би се Душан у тим новелама упустио у регулисање института камате, те ова хипотеза Соловјева остаје непроверљива, али неизгледна.

У оквиру материје службености и осталих права на туђим стварима – која је очигледно у потпуности грађанског карактера – при скраћивању је изостављена једна одредба. У питању је правило да се службеност узимања воде која је постојала на извору који је пресушио поново успоставља уколико се после неког времена у њему поново појави вода.[28] Овде је јасно да је дотична одредба сасвим примењива пред световним судом. Соловјев наводи да сматра чудним изостављање једине одредбе која се односи на сеоске службености, али напомиње како се иста службеност помиње и пре Душановог законодавства, у хрисовуљи краља Милутина Св. Ђорђу Скопском из 1300. године.[29]

Та два податка заједно објашњавају поступак редактора СС. Приметно је да су њима градске службености представљале, условно речено, „главну“ материју, основни новитет који се путем СС уводи у правни систем. „Тесне средњевековне вароши, као Скопље, Сер, Призрен, давале су доста повода за сукобе око службености,“ наводи Соловјев, закључујући да су одредбе Синтагме стога сигурно биле потребне у судској пракси.[30] То не значи да је сматрано да сеоске службености не могу изазивати спорове у пракси, напро-

[26] А. В. Соловјев, 126 127.

[27] *Ibid.*, 126.

[28] Види ПС, састав К, глава 3. Наведено према *Синтагмат*, 332.

[29] А. В. Соловјев, 129. Овде се ради о водовађи (*aqueductus*), што се може узети као доказ о постојању прилично развијених врста сеоских службености. „**И кто вади водомь коѩ се изводи оть црьквна мѣста главе, да подасть црькви оть рала кьбль водоваштиноу, и от врьта в динара...**“, Скопска хрисовуља, LIV; наведено према С. Новаковић (прир.), *Законски споменици српских држава средњега века*, V, Београд 1912, 618.

[30] А. В. Соловјев, 128.

тив: али очито је да су оне већ постојале[31] у ранијим документима, а стога највероватније и у обичајном праву, или барем (неправној) обичајној пракси. Могуће је отуд да је ова одредба избачена било зато што се, на општем нивоу, желело да се регулатива сеоских служ- бености препусти старом, обичајном праву (а да се за градске, које се тек појављују, преузму одредбе ромејског права), било зато што је управо та конкретна одредба била у супротности са већ постојећим обичајноправним правилима у вези са том врстом службености.[32]

Слично, избачена је у целости и једна кратка глава која говори о емфитевзи.[33] Соловјев сматра да је разлог највероватније то што се у наведеној глави претежно говори о емфитевзи и закупу на црквеним имањима.[34] Имајући у виду њихову неподложност редовним судовима у средњовековној Србији, тешко да би се том закључку нешто могло приговорити или додати.

У оквиру наследног права, осим већ наведеног „посебног третмана" одредби о изузимању из наслеђа, ситуација је мање-више очекивана. Све одредбе о законском наслеђивању су задржане, изузев једне која говори о разликовању пунокрвне и полукрвне браће.[35] Не може се – управо због оскудице извора – тврдити са сигурношћу, али појединачно изостављање ове одредбе може имплицирати разлоге законодавне политике. Од материје тестамента, осим изузећа, ништа није задржано. Дакле, изостављен је главни корпус одредби о тестаменту,[36] а такође две главе које регулишу за њега везану материју: једна дефиницију и режим кодицила,[37] а друга фалкидију – обавезни законски део.[38] За њих се заиста може рећи да нису могле

[31] Мада сигурно не у идентичном облику, али то овде није од значаја.

[32] Може деловати да је овакав покушај објашњења у супротности са Душановим ставом према обичајном праву, израженом у покушајима елиминације истог из правног живота. (О томе детаљније види ниже.) Ипак, могуће је да се овде само ради о нешто другачијој перспективи да би се Душан и његови правници у оваквим случајевима позивали на повеље у којима се ова права помињу, без обзира на то што текст повеље, највероватније, представља записивање постојећег обичаја.

[33] Види ПС, састав Е, глава 8 у *Синтагмат*, 263 264.

[34] А. В. Соловјев, 129. Аутор такође напомиње да последња одредба те главе не говори о емфитевзи, већ о најму, и да представља дупликат у односу на друге одредбе Синтагме, те да је сигурно као таква и избрисана.

[35] ПС, састав К, глава 12 у *Синтагмат*, 343.

[36] ПС, састав Д, глава 4 у *Синтагмат*, 215 219.

[37] ПС, састав К, глава 38 у *Синтагмат*, 369.

[38] ПС, састав Ф, глава 1 у *Синтагмат*, 512. Назив овог института, пореклом из римског права, потиче од *Lex Falcidia*, донетог 40. године пре н.е., којим је прописано да тестатор сме легирати највише три четвртине заоставштине. Последња четвртина, која је обавезно припадала (тестаментарним) наследницима, названа је по њему *quarta Falcidia*. Касније је ова обавеза ширена и на друге установе наслед

бити потребне царским судијама – нема чак ни директне везе са другим, њима корисним, гранама права, попут ове коју код института изузећа види Соловјев.

И у области кривичног права Душанови редактори задржавају већину материје Властареве Синтагме (не рачунајући ни овде неке црквене прописе или чисто теоријске[39] делове), неретко бацајући акценат на одредбе које су сматрали нарочито битним додавањем наслова **законь**, или групишући у једну главу сродне одредбе које су због алфабетског поретка у ПС завршиле на различитим местима. Модификације иду на уштрб форме, а не садржине. Тако је, рецимо, изостављена читава глава 6 састава Л ПС, под називом **О иже разбоиникы оубиваюштихь**, која садржи црквена и световна правила о, модерним језиком речено, некажњивости убиства разбојника у нужној одбрани.[40] Ипак, постоји (и задржана је) једна одредба главе 8 састава Ф, која се готово дословце поклапа са главним световним правилом у поменутој глави 6 састава Л:[41] стога се може извести закључак да су редактори СС ову главу у целости избрисали јер им црквене одредбе нису биле потребне, а световне су представљале понављање у односу на други постојећи текст.

И при редакцији главе 5 састава Ф, која говори о умишљајном и нехатном убиству, много је тога изостављено, што би на први поглед могло навести на погрешне закључке, поготово с обзиром на важност материје. Пажљивија анализа, ипак, открива да су у потпуности избачена само црквена правила, док су световна само скраћена, и то углавном избацивањем неких од казуистички постављених одредби.[42]

ног права, па је на крају ова четвртина постала део који обавезно мора припасти *законским* наследницима, то јест ограничење тестаментарних располагања уопште, вид. Ж. Бујуклић, *Forum Romanum: римска држава, право, религија и митови*, Бео град 2009, 442.

[39] Под овим се имају подразумевати и религијско идеолошки текстови, али и историјсе напомене и описи, као и правни текстови који не садрже конкретну диспошицију и санкцију, већ само, на пример, дефинишу одређене појмове. Види тако, на пример, за кривично дело кривоклетства ПС, састав Е, глава 32 у *Синтаг мат*, 302 308, и у вези са тиме Соловјев, 169 170.

[40] ПС, састав Л, глава 6 у *Синтагмат*, 373 374.

[41] Упореди: „**Иже нашьдшаго на нь оубивь, имьже о животѣ бѣдьствовати хотѣаше, неповин'нь ѥсть; вь бѣдахь бо дльжьнь ѥсть кьждо себе отмьштати, а не закон'ноую ожидаті помошть**", *ibid.*, 374 и „**Иже нашьдшаго, рекше наѭхавшаго оубивь, имьже о животѣ бѣд'ствовавше, неповин'нь ѥсть**", *ibid.*, 523. Соловјев наводи како су редактори сигурно првопоменуту главу избрисали „као сувише развучену", А. В. Соловјев, 145.

[42] Види ПС, састав Ф, глава 5 (посебно правила Василија V), у *Синтагмат*, 513 517, посебно 514 516. Тако је, например, из одељка о нехатном убиству изба чена одредба која говори да се у нехатне убице убраја онај ко човека удари тешким дрветом или великим каменом, *ibid.*, 515.

То вероватно не треба тумачити као да су редактори неке од наведених случајева хтели да инкриминишу, а друге не, већ пре тако да су сматрали да је и мањи број случајева – могло би се, чак, рећи: примера – довољан да судије схвате када се ради о умишљајном, а када о нехатном убиству, те да се неки, а поготово они до којих би ређе долазило у пракси или који делују као објашњавање одредби које им претходе, могу и изоставити. Веома сличан је и случај отмице девојке, кривичног дела које је сматрано веома озбиљним и посвећивана му је велика пажња и у Ромејском царству, и у Србији: једини од световних закона који је регулишу који је избачен при скраћивању Синтагме је онај који говори о отмици монахиње.[43] Није немогуће да су редактори знали да у српској пракси нема оваквих случајева – можда због израженијег поштовањима према таквим лицима у патријархалном друштву? – или је, барем, сматрано да су они довољно ретки да нема потребе да буду засебно регулисани.[44]

Постоји и неколико примера изостављања које је очито спроведено из разлога законодавне политике. Из главе 12 састава Е, која говори о праву азила у цркви, је, уз неке одредбе споредног карактера (попут прописивања понашања азиланта унутар цркве) избачена и одредба по којој роб нема право азила, већ се сме избацити из цркве и силом ако треба, па се ни не сматра злочином ако притом буде убијен.[45] Соловјев ту износи хипотезу како ова одредба вероватно „није више одговарала Душанову добу, кад се положај отрока доста поправио".[46] Могло би се ту додати да положај отрока никада није ни био изједначен са положајем робова у Ромејском царству,[47] већ су они били третирани исто као и слободни људи када је у питању кривичноправни субјективитет.

Слично се може рећи за одредбу ПС о пуштању из тамница свих затвореника осим оних осуђених за тешка кривична дела на Ускрс сваке године,[48] за коју Соловјев наводи да је избрисана „вероватно стога, што се амнестија сматра за прерогативу владаоца".[49] Са овим се може сложити и из других разлога – тешко да је „бланко"

---

[43] **„Похиштаюшнеи или подтаимичьствоуюшне или растлѣваюштеи постницоу или инокіню, или діаконицоу, или инь благоговѣинь имоуштоую образь...**", ПС, састав А, глава 13 у *Синтагмат*, 106.

[44] Ово друго је изгледније. Колико год да је средњовековни законодавац казуиста који прописује правна правила само за случајеве који се дешавају у пракси, тешко да *уопште* не би било потребе за инкриминисањем отмице монахиња у друштву где је прописана изузетно оштра казна за убиство свештеног лица.

[45] *Ibid.*, 277.

[46] А. В. Соловјев, 161.

[47] Наведена одредба је преузета из Василика.

[48] ПС, састав П, глава 7 у *Синтагмат*, 453.

[49] А. В. Соловјев, 162.

амнестија свих утамничених изузев тешких злочинаца била институт који је потребан земљи која тек гради државни правосудни систем, којој је за то неопходна ефикасност, поузданост, али и строгост правосуђа. Владарева милост је, осим што је била искључиво његово право, прерогатива од Бога, такође уско усмерен акт, који се – овде као амнестија, али и у другим случајевима – даје конкретној особи, с обзиром на њена лична својства и заслуге. „Владарева милост морала је по правилу и да се заслужи или пак да је мотивисана сасвим рационалним побудама,“ наводи Благојевић у својој детаљној анализи употребе и значења овог појма.[50] Наведено масовно ослобађање затвореника, по резултату тако блиско појму милости, а по мотивацији и начину извршења тако удаљено од њега, не би било у духу тадашњег српског права.

У погледу одредаба о јеретицима и иноверцима, као и кривичним делима везаним за јерес има много тога избаченог из текста ПС – и то како црквених, тако и световних прописа.[51] Ово Соловјев прилично детаљно и сасвим јасно објашњава: описи јереси које је Властар уврстио у своју Синтагму су били застарели, и већина њих није више ни постојала у Душаново доба, а одредбе настале пре раскола хришћанске цркве нису могле помоћи православном цару у односу према припадницима католичке вере.[52]

Ни по питању јавноправних (државноправних и процесних) одредаба нема драстичне разлике: избациване су пре свега оне религиозне или политичке (тј. оне које су уско везане за устројство и функционисање баш Ромејске државе, или напросто нису примењиве у пракси, већ представљају само смернице и савете за вођење државне политике) садржине. Управо у овој области, посматрајући одредбе о правима и дужностима цара, Соловјев износи још један веома убедљив аргумент у прилог идеји да је СС прављена за световне судије: скоро све одредбе које се баве идеологијом царског положаја и понашања – сасвим очигледно непогодне за примену пред судовима – су избрисане, упркос непобитним доказима да су сви идеали и начела наведени у њима важили у Душановом подједнако као и у Ромејском царству.[53]

---

50 М. Благојевић, *Државна управа у српским средњовековним земљама*, Бео град 2001, 67.

51 Види ПС, састав А, глава 2 у *Синтагмат*, 59 78. Од пуних 18 страна тек ста (по наведеном издању), у СС је ушло једва нешто више од једне странице.

52 „Заиста реакција тих глава ПС није могла да задовољи Душаново доба. Прво што говори о многим јересима, који [*sic*!] имају само археолошки значај у то доба. Друго што ништа не спомиње о најважнијој јереси о латинству“, А. В. Соловјев, 165; вид. шире 163 168.

53 *Ibid*., 203 205, посебно 205: „Енергичан и практичан у свом законодавству, није цар Душан радо уносио у свој законски зборник многоглагољиву византијску

Овде, међутим, постоји и један веома очигледан пример намерног избацивања употребљивих делова ПС, поново у сврхе спровођења законодавне политике. Глава 4 састава Е, **О обычаихь градскихь**, која упућује на очување и придржавање неписаних обичаја, избрисана је; исту судбину је доживела и једна одредба главе 7 састава Н, **О законѣ**, која гласи: „**Вь нихь же нѣсть писан'на закона, дльгы обычаи иже на многа лѣта искоусившеи се вь мѣсто закона дрьжить, чинь имоушти закона**".[54] Приметно је да је Душан доношењем своје кодификације желео да искорени из употребе пред судовима дотадашње обичаје. Такво укидање би имплицирало јачање снаге закона, а свакако би довело до веће правне сигурности пред царским судовима, што је несумњиво био Душанов циљ. Соловјев наводи како се ту види „чврсто убеђење законодавца да се сви правни односи могу дефинисати у писаном закону, да се обичај може потпуно истиснути од једног исцрпног законодавства"[55], што се огледа у искључивим одредбама првог дела ДЗ, које не допуштају могућност да у њему постоји правна празнина, а ублажава у другом делу, прописивањем релације пред цара у случају да се по Законику не може пресудити. Ипак, ни „блажи" други део ДЗ не помиње примену обичаја, што само потврђује горенаведену мотивацију при скраћивању Синтагме.[56]

реторику (коју је ипак допуштао у својим повељама, нарочито у повељава манастирским). Зато је вероватно наредио да се из зборника, намењеног царским судијама, избришу главе о цару и о патријарху. Место тога јављају се у ДЗ поједини чланци, где се и о правима и дужностима цара говори у духу истог византијског идеала, али у одредбама које су ближе реалним потребама и сукобима живота." Треба имати на уму да су одредбе о правима и дужностима царских чиновника (ПС, састав А, глава 15 у *Синтагмат*, 108 109), мада идејно веома сличне, задржане, очито намењене управо тим чиновницима. „Изгледало је редакторима СС, да ће те поуке бити корисне чиновницима Душанова царства," наводи А. В. Соловјев, 210. О томе више нешто касније.

54 Наведено према *Синтагмат*, 422.

55 А. В. Соловјев, 200.

56 Не треба, ипак, мислити да је Душан сматрао да ће сâмо присуство кодификације учинити да сви дотадашњи обичаји истог тренутка нестану из правног живота: он нипошто није могао бити тако кратковид. Реалније је рећи да је управо циљ кодификације био да их полако потисне: јер, колико год да је употреба обичаја пред судовима могла бити елиминисана једним „резом" (управо изостављањем одредаба ПС о употреби обичаја и упутствима садржаним у ДЗ о поступању судија у ситуацији када Законик не предвиђа решење за неки случај), њихово присуство у међусобним односима обичних људи би могло тек временом да избледи. Ово поготово важи за оне обичаје који се не односе на институте који су и у визури лаика уско правни (нпр. кривично дело убиства), већ на ствари које су присутне у свакодневној пракси, па многи и не схватају да се ту „меша" неко право, као што је у већ помињаном случају службености и суседских односа. Ту је немогућност позивања на обичај пред судом тек оруђе, средство које би постепено могло до вести до изобичајавања праксе која није поткрепљена писаним правом: јер, обични људи се ни данас а у Душаново време поготово не руководе у свакодневним

Из свега наведеног се може закључити да је мотивација Душанових редактора при скраћивању Властареве Синтагме била тројака. Прво, из ње су избачене све одредбе црквеног права. Друго, избачене су оне одредбе које, мада световног карактера, нису биле подобне за употребу од стране судија – најчешће зато што су деловале сувише теоријски и дескриптивно за примену у пракси.[57] (Овде можемо, једноставности ради, убројати и оне које су биле практично неупотребљиве због унутрашњег сукоба, попут већ помињаних прописа о камати.) Коначно, има и световних одредби, сасвим примењивих у пракси, које су изостављене из разлога законодавне политике, будући да су се косиле са другим постојећим одредбама или начелима која је законодавац желео да устали у српском праву.[58]

Прва два критеријума говоре у прилог схватања да је СС састављана за световне судије, за употребу у пракси.[59] Ни трећи није у сукобу са овим ставом, напротив: он ничиме не умањује корисност Синтагме за царске судије, а додатно сведочи о зрелости законодавца који није желео да преузме одредбе које су у нескладу са духом и принципима домаћег права, колико год да су њих, можда, судије Ромејског царства примењивале при доношењу одлука.[60]

Међутим, само присуство тих критеријума није довољно да се тврди да је читав текст Скраћене Синтагме намењен и подобан за практичну употребу од стране световних судија. По већ разматраном питању изузимања из наслеђа постоји довољно основа да се тврди да ово није случај; тачније (као што је више већ наведено), уколико је и

поступцима мишљу да ће њихово понашање можда довести до спора пред судом. Урошевићево схватање, по којем је обичајно право већ после доношења Номоканона почело „узмицати пред писаним правом и писаним законима", (Л. Урошевић, *Правосуђе и писано право у средњевековној Србији у светлости данашњег писаног права*, Београд 1939, 27) је свакако претерано, јер је очито да оно има велику снагу и у време доношења ДЗ.

57 Било би сувише упрошћено (и нетачно) рећи да су у питању све одредбе које немају директно прописану диспозицију и санкцију. Можда је боље рећи да су избачене, барем претежно, оне одредбе које нису могле имати *самосталну* практичну примену.

58 Или, у нешто мањем броју случајева, зато што је сматрано да су у српској држави непотребне, иако њихово присуство не би изазвало никакав озбиљнији практични конфликт или кршење принципа.

59 Између ове две формулације, премда овде употребљене готово у виду синонима, ипак не треба одвећ олако стављати знак једнакости, као што ће се ниже и видети.

60 Утолико је изгледно да у старој дилеми зашто су се Душан и његови редактори определили за Властареву Синтагму, а не Арменопулов Хексабиблос, отпада као могућност претерана компликованост овог другог зборника, те практични и политички разлози остају као вероватнији, вид. С. Шаркић, „Зашто *Syntagma*, а не *Hexabiblos*", *Зборник Правног факултета у Загребу*, 40, 1/1990, 73 77.

постојао начин да се овај део СС примени при доношењу пресуда, о томе нису сачувани никакви подаци. Правна логика и природа овог института, ипак, чине такву могућност прилично неизгледном.

Уколико се горенаведено – у недостатку бољих изворних података – прихвати, остаје само једно могуће објашњење за присуство и положај[61] ових одредаба у СС. У питању *јесте* њихова практична употребљивост и неопходност, али не за царске судије, које не би имале где да их директно примене, нити за свештена лица – у чијој се надлежности несумњиво налази материја састављања тестамента, али која одредбе о изузећу лако могу наћи у одговарајућим црквеним прописима,[62] будући да световни законодавац није ни надлежан да њима заповеда[63] – већ за приватна лица – тестаторе, кориснике ових одредби.

4. КОДИФИКАЦИЈА ЗА ПОДАНИКЕ?

Овај конкретни случај отвара далеко веће питање: да ли је могуће да је Душанова кодификација била намењена не само царским судијама за професионалну употребу, већ свим поданицима његовог царства? Наравно, нема никакве сумње да је Душанову законодавну и кодификаторску радњу руководила добробит његових поданика, управо за које при доношењу Законика пише „**да не оумножить се въ дрьжавѣ царствїа нашего некоѧ злоба и злое оухыштренїе и лоукавое ненавидѣнїе, нь паче да поживемь вь въсакои тихост и безмлвнѣмь жїтїю и въ православнѣи вѣры житїи с в’семи люд’ми царства нашего, малимже и великимь**“[64], али једно је доносити законе зарад мирног живота „малих и великих“ људи – који ће бити достигнут трудом оних који те законе спроводе – а друго намеравати да законски текстови буду доступни свим поданицима и употребљавани од њихове стране у референтне сврхе.

Пре него што се овакав закључак са убеђењем изведе, неопходно је поставити неколико питања која би га потенцијално мог-

[61] Мислећи под тиме на пажњу која им је посвећена груписањем у неколико посебних глава.

[62] Пре свега Законоправилу Светог Саве, односно Прохирону.

[63] Наравно, не би било немогуће да црквено лице консултује текст Скраћене Синтагме: али остаје чињеница да световна власт нема право да нормира области које су у црквеној надлежности. Осим тога, већ летимичан поглед на многобројне избачене одредбе црквеног права је довољан доказ да он то није ни намеравао да покуша.

[64] Цара Стефана наредба о законодавној радњи; наведено према С. Новаковић (изд.), *Законик Стефана Душана, цара српског, 1349 и 1354*, Београд 1898 [у даљем тексту: *Законик*], 5.

ла оборити. Прво, која би била мотивација редактора да поданицима царства намене детаљно разврстане прописе о изузимању из наслеђа, а да изоставе одредбе о форми тестамента[65] и фалкидији? На први поглед, ради се о деловима једне те исте материје; ни један није потребан судијама за пресуђивање, а сви би могли бити бар информативно корисни потенцијалним тестаторима. Ипак, степен њихове корисности није исти. Сам тестатор не мора да зна у којој форми се саставља тестамент, нити да ли је за накнадне допуне у већ постојећем завештању потребно састављати га изнова или додати кодицил: те информације ће имати за то надлежна црквена лица. Лако је замисливо и да та иста лица опомену тестатора уколико покуша да располаже заоставштином не остављајући нужним наследницима легитимни део. Међутим, у случајевима кад постоје разлози за изузеће, далеко је корисније да тестатор за њих зна унапред. У супротном, сасвим је могуће да му не би ни пала на памет могућност изузећа наследника који се о њега огрешио – или, барем, да би сматрао да је установа фалкидије (када му буде предочена) онемогућава. Наравно, и овде би било *могуће* да свештено лице које учествује у састављању тестамента упозна завештаоца са овом установом, али би то у највећем броју случајева било непотребно, а стога и непрактично и донекле непримерено.[66]

Следеће питање које је врло умесно јесте – може ли се о карактеру читаве Душанове кодификације судити само по једном, и то прилично малом, делу Скраћене Синтагме? Или, другачије постављено, постоји ли још неки доказ који би упућивао на исти закључак?

Ово питање је прилично незахвално за одговор: јер, подразумева се да би поданицима царства биле намењене све одредбе – и оне које имају могућност непосредне примене пред судовима, и оне које немају. Присуство ове прве врсте не упућује ни на то да је кодификација била намењена обичним људима, ни на то да није – а по самој природи ствари, такве одредбе чине већину у сваком правном тексту, независно од тога у којем је времену настао. Стога, ово питање се претвара у следеће: има ли још одредби у Душановом законодавству које нису примењиве пред судовима, већ су предвиђене *искључиво* за референцу царевих поданика?

Ту на памет лако пада још један одељак СС: управо оне (више помињане) одредбе о дужностима чиновника које је Соловјев оценио

---

[65] Подразумевајући ту и кодицил.

[66] Пластично речено, тешко је замислити да свештеник свакоме ко му се об рати са жељом да сачини тестамент саопштава: „Само да знаш, можеш да изузмеш из наслеђа свог сина ако је дигао руку на тебе, покушао да те отрује, тешко те осра мотио...“, итд. Утрошак времена на страну, очигледно је да овакво понашање не би било у складу са етичким стандардима ни данашњег времена, а камоли хришћанског Средњег века.

као корисне поуке.[67] Мада је очигледно да нису намењене *свим* поданицима Душановим, подједнако је јасно да се не ради о одредбама које ће бити примењене у пракси као основ доношења неке судске одлуке. Напротив, оне су намењене самим чиновницима (како их Синтагма назива, начелницима и кнезовима), који су дужни да се њима руководе у сопственом понашању. Наравно, готово је извесно да је недолично понашање чиновника могло довести до њиховог одговарајућег санкционисања, али то није имало везе са овим одредбама. Сваки владарев потчињени који не врши своју службу на одговарајући начин је могао због тога бити кажњен, и тешко да је то било неопходно нагласити. Ипак, овде се не ради о директним наредбама, већ само о – готово идеолошким – саветима и упутствима за добро владање чиновника, усмереним на то да побољшају квалитет служби које обављају.

Условно би се овако могао схватити и први члан ДЗ, који је декларативног карактера. Логичније је да је декларација ове врсте, која показује цареву бригу о хришћанској вери – „**Сїим-зїи образом да се очисти христїан'ство**“[68] – намењена свим поданицима, него некој њиховој ужој категорији, били то царски чиновници и судије или чак свештена лица. Свакако, могао би се изнети контрааргумент да је ово одредба уводног, идеолошког карактера,[69] ништа више намењена поданицима Душановог царства него његова наредба о законодавној радњи која је претходила доношењу Законика. Ипак, сама чињеница да се дата одредба, и поред бројних позивања на религију у поменутој наредби, нашла не у њој, већ на почетку законског текста, указује на то да је она намењена истим адресатима као и остатак норми у Законику.

Још један аргумент који би се могао извести у прилог овакве намене кодификације јесте инсистирање на начелу законитости, изражено нарочито у ДЗ, кроз бројне одредбе које ограничавају владарску и чиновничку самовољу, углавном преузете из ромејског права (пре свега чл. 171 и 172 ДЗ[70], али и чл. 105. као њихов претходник[71], чл.

---

[67] ПС, састав А, глава 15 у *Синтагмат*, 108 109.

[68] Чл. 1 ДЗ; наведено према *Законик*, 7.

[69] На ово би могао упућивати и став Стојана Новаковића, који у свом издању ДЗ не налази за сходно да прокоментарише чл. 1.

[70] Вид. *Законик*, 134 135.

[71] *Ibid.*, 80 81. Додуше, постоји и другачије мишљење које износи Благојевић, по којем се чл. 105 ДЗ односи на повеље донете пре доношења Законика (па можда чак и на црквене правне зборнике!), а чл. 171 на оне донете после њега. Види Б. И. Благојевић, „Решавање сукоба између Законика и осталих правних извора пре ма одредбама у Душановом закону“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1938, 244 245.

181[72], па и 139[73]).[74] Премда постоје скептични ставови о томе како су овакве одредбе преузете само зарад придавања Законику сличности са ранијим ромејским правним споменицима, данас је преовлађујуће мишљење у науци да су оне заиста биле намењене употреби.[75] Њихов практични значај би, ипак, био умањен уколико оне не би биле доступне читавој популацији.[76] Јер, ради се о врсти одредби за које су публицитет и добра репутација скоро подједнако значајни као и реална примена. Колико год да је у пракси релевантно да царска наредба, супротна одредбама Законика, не може утицати на исход неког (конкретног) судског поступка – барем толико је битно и да та чињеница буде позната људима, те да они не страхују од царске самовоље. Тек тада би постојала потпуна правна сигурност (будући да би свако већ консултовањем одредаба Законика могао предвидети шта га очекује у предстојећем судском процесу, без страха од судске

72 *Законик,*140 141.

73 *Ibid.,* 106 108.

74 Ромејско порекло ових (и неких других) чланова ДЗ доказао је Никола Радојчић, вид. Н. Радојчић, „Снага закона по Душанову Законику“, *Глас Српске краљевске академије*, CX, 62/1923, 100 139, (нарочито 112 и даље), а такође Н. Радојчић, „Душанов законик и византиско право“, *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, Београд 1951, посебно 67 74.

75 Тако Благоев у свом чланку, посвећеном управо проучавању овог начела ДЗ, поставља питање „да ли је та рецепција извршена поглавито у циљу да се „цар Срба и Грка“ прикаже само као подражавалац и настављач традиције византиских царева, или су за то постојали и конкретни услови и потребе ради чијег су задовољавања унети ови принципи“, вид. Б. Благоев, „Примат закона у Душановом законику: Византиски узори и прави значај примата“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2 3/1961, 177. Анализирајући кључне одредбе Законика, он закључује „да њихово уношење у ДЗ није представљало нити просто имитирање византиског законодавства, нити је било мотивисано поглавито обзирима према освојеним византиским областима и византиској властели у тим областима“, *ibid.,* 183.

76 Наравно, и даље се може поставити питање колико је брзо овакав принцип, дотада стран српској држави, могао инкорпорисати у свет становништва. Но, према модерним схватањима начела законитости, оно „никад у потпуности не траје као саставни део правне свести појединаца, већ своју снагу добија у име прокламованих друштвених вредности“, па се „ због тога никад не остварује потпуно, него делимично и релативно, и то у мери у којој треба да обезбеди неопходну животворност праву и поретку“, Д. М. Митровић, „Начело законитости“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1 2/2004, 58. Закључак који се из тих карактеристика овог начела изводи јесте да „неефикасном поретку никаква законитост не може да помогне, док поретку који одговара стварности, законитост обезбеђује ефикасност које никако не би било да ње нема“. Иако немамо довољно података о примени Душанове кодификације у пракси, више је него очигледно да она јесте била прилагођена тадашњој друштвеној стварности. Вид. и занимљиву компаративну анализу у М. Костренчић, „Душанов законик као одраз стварности свога времена“, *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, Београд 1951, 27 44, нарочито 40 42. Додуше, аутор у истом раду заступа схватање да ДЗ, СС и ЗЈ не чине систематску целину, које је у међувремену превазиђено.

или владарске арбитрерности), а знање да је цар ставио закон и изнад самога себе би свакако допринело поштовању и популарности међу поданицима.

5. ЗАКЉУЧАК

Нико не спори – нити би могао – да је главна практична сврха[77] доношења Душанове кодификације била обезбеђивање квалитетног, свеобухватног и стабилног правног система[78], чије норме би користили царски судови. Међутим, није ли логично да се, поред судија које ће законске одредбе примењивати у пракси, кодификација намени и онима на које се те одредбе односе? Карактер разматраних одредби о изузимању од наслеђа, као и значај који им је несумњиво придаван при скраћивању и ресистематизацији Властареве Синтагме, упућују на то са великим степеном вероватноће. Одредбе о понашању царских чиновника, задржане упркос њиховом наизглед идеолошком карактеру, представљају додатни аргумент за ово мишљење, јер показују да творцима и редакторима кодификације, осим чисто нормативног, није био стран ни инструктивни приступ. Чак и први члан Душановог законика показује жељу законодавца да се обрати ширем кругу лица од судија које ће непосредно примењивати његове норме.

Наравно, на овим страницама ништа није необориво доказано или потврђено. Напротив, очигледно је да остаје још много спорних питања, те да малопре изведени закључак остаје на нивоу умерено поткрепљене хипотезе. Сврха овог рада је, стога, најпре да отвори једно ново питање које може представљати основ за будућа обимнија истраживања и даље научне радове.

Потребно је напоменути да, колико год да будуће потврђивање овог закључка може деловати значајно, оно највероватније не би донело никаква изразито нова сазнања о изгледу правног живота у Душановом царству. И уколико је било предвиђено да кодификација буде доступна свим царевим поданицима, број оних који би били за-

[77] Не рачунајући, дакле, политичку мотивацију доношења законика као атрибута царске власти. Детаљније о овоме вид. А. В. Соловјев, 68 81.

[78] Како Герасимовић наводи   додуше, говорећи само о Душановом законику, а не о целој кодификацији   „[о]бјавом овога законика хтео је Цар Душан да доскочи недостатку кодификација многобројних правних принципа расутих по хрисовуљама, старијим законима, наредбама, уговорима, зборницима“, Ј. Герасимовић, *Старо српско право*, Београд 1925, 14 15. Према Биљани Марковић, „[п]исано српско и византијско право, у једном специфичном склопу, било је намењено бољем и савременијем уређењу државне и друштвене заједнице новопроглашеног царства, али и његовом даљем приближавању замишљеном циљу“, Б. Марковић, *Јустинијанов закон: средњовековна византијско српска правна компилација*, Београд 2007, 17.

интересовани и способни да је у пракси консултују је морао бити релативно мали. С обзиром на претежну неписменост и необразованост обичног света, тај круг се вероватно морао сводити на властелу (и то не сву), и евентуално свештенство.[79] Дакле, углавном би то била лица која су свеједно била упућена у садржину кодификације „по службеној дужности“, будући да су учествовала у раду сабора на којем је доношен бар Душанов законик.[80] Међутим, уколико овај закључак буде дефинитивно потврђен, то може бацити широк сноп новог светла на Душанову законодавну радњу, његову мотивацију и циљеве којима се руководио при доношењу своје кодификације – а то чини битан део у историји једног од најзначајнијих српских правних споменика.

Nina Kršljanin, LL.M.

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

EXHEREDATION AND THE QUESTION OF TSAR DUSHAN’S CODIFICATION PURPOSE

Summary

According to A. Solovyev, the redaction of the *Syntagma* of Matthew Blastares, which pays considerable attention to the rules on exheredation, was carried out for the needs of the imperial courts. However, the creation of will (testament) was under the jurisdiction of the Church, and the act of exheredation could have been executed solely by the testator. Thus, the author infers that there is no logic in claiming that the institution of exheredation was relevant to the judges of Tsar Dushan’s time. The author briefly analyses the remainder of the *Abbreviated Syntagma*, in order to verify whether the aforementioned (and already commonly accepted) criterion of redaction was consistently applied or not. In other words, the author checks if it is true that all the articles, not necessary for the imperial judges, were removed from the *Syntagma*, and that none of the articles unnecessary for the judges was kept. The idea that the provisions on exheredation must have been intended for the testators imposes

[79] Којем није могло мањкати писмености, већ можда интересовања за кодификацију световног карактера.

[80] Нажалост, српска држава није поживела довољно дуго после Душанове смрти да би доступност текста кодификације будућим поколењима племства и свеш тенства била релевантна.

itself as the final conclusion, which opens up the question of purpose of the Dushan's codification. The author makes several more arguments to support the opinion that the Codification was intended to be accessible, amongst others, to the Tsar's subjects, but acknowledges that additional research would be necessary for this idea to be considered scientifically proven.

Key words: *Medieval Serbian Law. – Dushan's Codification. – The Abbreviated Syntagma Canonum. – Exheredation. – Purpose of the Codification.*

УДК 347.9(497.11)”1849/1852”

Урош Станковић, мастер права

асистент Правног факултета у Новом Саду
ustankovic@open.telekom.rs

ДРЖАВНИ САВЕТ И КНЕЗ АЛЕКСАНДАР КАРАЂОРЂЕВИЋ КАО ТУМАЧИ ПАРНИЧНИХ ОДРЕДАБА СУДСКИХ УСТРОЈСТАВА

У раду су приказана аутентична тумачења три прописа о судови ма   Устројства окружних судова (1840), Устројства Врховног суда (1846) и Устројства Апелационог суда (1846), која су донета за време владавине кнеза Александра Карађорђевића (1842 1858). Аутор најпре сагледава узроке подношења молби за тумачење тих прописа, а потом излаже текстове ин терпретативних закона и анализира их. На крају аутор истиче чињеницу да је аутентична тумачења у сва три случаја иницирало Министарство прав де. Из свега закључује да њихова садржина указује на још увек слабо развијен правни систем и недовољну стручност државних органа, као и да се кроз ова тумачења   која су по својој садржини не само прецизирала постојеће прописе, него су их и допуњавала   осавремењивао парнични поступак у младој српској држави половином XIX века.

Кључне речи: *Државни савет. Кнез Александар Карађорђевић. Аутентично тумачење права. Устројство окружних судова. Устројство Врховног суда. Устројство Апелационог суда.*

I

Владавину кнеза Александра Карађорђевића, између осталог, обележава и обимна законодавна делатност. Као њен резултат настају многобројни правни акти најразличитије садржине. Доношење прописа је било релативно лак део посла. Много озбиљнији проблеми су настајали када је новодонете правне акте требало применити. Норме су неретко биле нејасне и само фрагментарно регулисале одређено правно питање. Адресати правних аката су се сусретали с тешкоћама, јер нису знали како да се понашају да би удовољили

њиховим захтевима. Помоћ, међутим, није могла да стигне ни од државних органа задужених за спровођење права, пошто су за њих нови прописи били једнако велика енигма. Из свих ових разлога државни органи адресирају законодавној власти – Државном савету и кнезу Александру Карађорђевићу, молбе за тумачењем правних аката нејасне садржине. Међу нормама чије је тумачење тражено и које су касније „протолковане", важно место су заузела и три судска устројства – *Устројство окружних судова* (у даљем тексту: УОС),[1] *Устројство Врховног суда* (у даљем тексту: УВС)[2] и *Устројство Апелационог суда* (у даљем тексту: УАС).[3] Треба напоменути да одредбе устројстава којима је регулисана организација судова нису уопште тумачене; нејасноће су се јављале само око примене норми о грађанском судском поступку. У тексту који следи изложићемо процес доношења интерптретативних закона и њихову садржину, а потом их анализирати.

II

Прву молбу за тумачење је поднело Министарство правде актом од 5. новембра 1849. године.[4] Према мишљењу Министарства, спорне су биле одредбе чл. 54 УОС и 14 УАС, које су предвиђале да ће парнична странка незадовољна пресудом окружног односно Апелационог суда имати на располагању рок од 8 дана од дана предаје пресуде за изјављивање жалбе. Поменути прописи, наиме, нису нигде спомињали да ли у осмодневни рок улазе сам дан када је пресуда предата парничној странци, недеља и празник. Министарство додаје да подзаконски акт који се дотиче ове проблематике, *Циркулар Министарства правде АNо 2499 од 21. јула 1840. године* (у даљем тексту: Циркулар), спорну материју решава тако да суд „заказује" странци да му ради подношења жалбе „предстане" у року од 8 дана од предаје извода пресуде, при чему се у осмодневни рок не убрајају недеља и празник. Дакле, Циркулар само парцијално решава недоумице, јер се не изјашњава о дану почетка рока.

Узимајући у обзир да пресуда може бити предата странци ујутро и пре подне, али и после подне и увече, Министарство сматра да би жалиоцу требало омогућити пуних 8 дана да размишља о садржини жалбе. Другим речима, дан предаје пресуде не би требало урачунавати у рок. Између Циркулара и устројстава постоји несагласност у

1 *Зборник свих закона и уредби изданих у Кнежевини Србији* (у даљем тек сту: *Зборник закона*) *I*, 182 195.

2 *Зборник закона III,* 132 135.

3 *Зборник закона III,* 148 153.

4 Датуми у раду су наведени према старом календару.

вези са рачунањем недеља и празника, зато што устројства о томе ћуте. Министарство претпоставља да би ове дане требало искључити из рока само ако падају у његов последњи дан. Не желећи дубље да се упушта у проблематику, моли Савет да протумачи чланове 54 УОС и 14 УАС одговором на питање како у оквиру осмодневног рока третирати дан предаје пресуде, недељу и празник.[5]

Молба за тумачење је у овом случају, чини се, само делимично оправдана. Децидираног правила које би одредило да ли у рок за жалбу улази дан када је пресуда предата заиста није било, пошто се то ни из устројстава ни из Циркулара није могло разлучити. С друге стране, питање хоће ли се у рок урачунавати недеља и празник је, у основи, непотребно. Иако је постојала законска, правне празнине никако није било, зато што је Циркулар недвосмислено прописао како ће се у том погледу поступати.

Поднесак Министарства је стигао у Савет 15. новембра. Одлучивање о молби је текло више него задовољавајућом брзином; одлука је донета свега четири дана након пријема акта. Пре изношења молбе на седницу Савета о њој се изјаснила једна комисија формирана при Савету, чији су нам састав и ток рада непознати.[6] Комисија је представила нацрт тумачења на седници Савета од 17. новембра, према коме се дан предаје пресуде парничним странкама неће урачунавати у рок за изјављивање жалбе. Исто важи и за недељу или празник, када падају у последњи дан рока. И остали дани када је суд затворен сматрају се за дане „судејског одмора", па не улазе у осмодневни рок ако се он на њих завршава; у таквом случају рок ће истећи следећег радног дана. Сви остали „недељни или празднични дани" се без изузетка убрајају у рок. Коначна одлука о молби Министарства је донета на седници Савета од 19. новембра. Савет је одлучио да прихвати мишљење Комисије и, сагласно чл. 13 тада важећег, тзв. Турског устава[7] (1838, у даљем тексту: Устав), пошаље га кнезу ради одобрења.[8]

[5] Архив Србије (у даљим напоменама: АС), *Министарство иностраних дела Внутрено одељење* (у даљим напоменама: *МИД В*) III/275 (1849), *Препис молбе Министарства правде Државном савету АNо 4566* од 5. новембра 1849. године.

[6] Доказе о формирању комисије пружају нам протокол седнице Савета од 17. новембра, у коме је почетак нацрта тумачења забележен на следећи начин:"*Комисија* (*подвукао У. С.*) је мњенија... (следи садржина нацрта)" и деловодни протокол Саве та, чија рубрика о решењу донетом поводом предмета почиње речима: „Да се учини књазу представљеније у смислу *комисиског* (*подвукао У. С.*) мњенија". АС, *Државни савет* (у даљим напоменама: *ДС*), *Протокол седнице ДС No 679* од 17. новембра 1849. године; *Деловодни протокол ДС* (у даљем тексту: *ДПДС*) (1849), бр. 679.

[7] Поменути члан је предвиђао да ће Савет подносити кнезу предлоге закона. Види: *Зборник закона I,* 4.

[8] АС, *ДС, Протокол седнице ДС No 679* од 17. новембра 1849. године; *ДПДС* (1849), бр. 679; *МИД В* III/275 (1849), *Нацрт тумачења чланова 54 УОС и 14 УАС No 679* од 19. новембра 1849. године.

Кнежевска канцеларија је примила нацрт тумачења 17. децембра. Међутим, акт је на кнежево одобрење чекао прилично дуго, нешто мање од пет и по месеци. Коначно, 30. маја 1850. године, кнез је одобрио садржину тумачења и наредио да се о одобрењу известе сва министарства и Савет.[9]

„Толковање“ Савета је имало двојаку природу. Оно тумачи правну норму утолико што разјашњава од када почиње рачунање законом предвиђеног рока и који дани у њега улазе, чиме попуњава празнине у устројствима. С друге стране, мења одредбу Циркулара о својствима недеље и празника, па је према томе уједно и измена једног правног акта.[10]

Садржина интерпретативног закона имала је низ добрих решења, али и недостатака.

Природно је да се нерадан дан не може рачунати као последњи дан рока, јер странка тада објективно не може да преда свој поднесак; другачије решење би осмодневни рок *de facto* претворило у седмодневни и сузило права потенцијалних парничара. Обрнуто, остали нерадни дани се нису негативно одражавали на положај парничних странака (које су могле да их проведу конструктивно, пишући жалбу и размишљајући о жалбеним разлозима), што значи да је законодавна власт исправно оценила да они не треба да имају утицаја на протек рока. Целокупан текст тумачења у потпуности одговара савременим решењима у вези с рачунањем рокова у парничном поступку.[11] Из тога логички произлази закључак да су Савет и кнез својим интероретативним законима модернизовали један сегмент парничног поступка и приближили га темељима на којима данас почива.

---

[9] АС, *МИД В* III/275 (1849), *Допис МИД В министарствима и Савету No. 1833*/1849 од 30. маја 1850. године; *Деловодни протокол МИД В* (у даљем тексту: *ДПМИДВ*) (1849), бр. 1833.

[10] Смисленост анализе у којој мери неко „толковање“ одговара савременом појму аутентичног тумачења правне норме намеће правна терминологија XIX века. Наиме, израз „токловање“ је имао врло широко значење и обухватао како аутентично тумачење права у ужем смислу, тако и решења која су истовремено и тумачење и измена одређеног прописа, акте који су искључиво измене и допуне важећих прописа, па чак и подвођење неког случаја под конкретну правну норму. Оваквих, „неправих“ тумачења има много, али навешћемо само нека. При томе ћемо оставити по страни акте који су у исто време представљали и тумачења и измене правних прописа, јер ће о томе у даљем тексту бити више речи. Преостале две категорије уочавамо у трећем броју Зборника закона. Назив „толковање“ је, примера ради, додељен измени *Закона о повраћају земаља* (1839) и његовом тумачењу из 1845. године. Исто име носи и одговор Савета и кнеза на питање да ли парница Мише Илића из Пожаревца против масе покојног Мите Савића спада у групу поступака који се према већ поменутом закону не могу покретати (1846). Вид. *Зборник закона III,* стр. IV, 94 и 105.

[11] Вид. чл. 106, ст. 2 и 4 Закона о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП, 2004), *Службени гласник РС* 125/04, 8.

На тумачење бисмо изнели две замерке. Прва се односи на метод регулисања одређеног правног проблема. Савет и кнез нису одредили када ће истећи рок ако његов последњи дан пада у недељу или празник. Будући да је у наредном, трећем члану, прецизно регулисано шта ће се догодити у случају осталих дана када суд не ради, јасно је да су законодавци то морали да учине и када су у питању недеља и празник. Разлог за то је практичног карактера – органи задужени за примену правних норми и адресати су поимали право претежно казуистички, а не апстрактно, и једино изричите регулације нису могле да створе забуну.

Друга примедба је стилске природе. Односи се на језички непрецизну формулацију да ће „остали недељни и празнични дани без изјатија (изузетка) важити у рачунању рока“. Наравно, написано не упућује на постојање некаквих недеља и празника ван оних календарских, као што би се на први поглед могло помислити, него дефинише шта ће се десити ако недеља или празник падну у неки други дан рока осим последњег. Како би се избегла погрешна тумачења, реченицу је требало стилизовати јасније, што све, наравно, данас представља накнадну памет савременог правника.

III

Иницијатор наредног тумачења је такође било Министарство правде. Оно је актом од 27. септембра 1850. године замолило Савет да протумачи чл. 7 УВС, према коме ће Врховни суд примати „жалбе против сваког рода решенија Апелационог суда, с којима би стране незадовољне биле“. Питање је, по свему судећи, било да ли овај текст значи да ће парничне странке своје жалбе на одлуке Апелационог суда подносити непосредно Врховном суду. Министарство је искористило прилику да Савет обавести и како неки парничари још увек своја „незадовољства“ (жалбе) пресудама окружних судова и Апелационог суда предају њему, због чега губе право на рекурс.[12] Министарство још напомиње да чл. 12 УВС странкама омогућава да се на пресуде Врховног суда жале кнезу. Изгледа да је Министарство

[12] За разлику од данашњег, грађанско процесно право средине XIX века познавало је две врсте жалбе   жалбу у ужем смислу, која је подношена против одлука окружних судова, и рекурс, улаган на одлуке Апелационог и Врховног суда. Истини за вољу, законодавци нису били доследни у коришћењу ова два термина, па се израз „жалба“ често употребљава и за правни лек који се улагао против одлука Апелационог и Врховног суда. Примере употребе термина „жалба“ и „рекурс“ види у чл. 12 УВС, *Зборник закона III,* 134, допису МИД В Министарству унутрашњих дела од 3. децембра 1852. године. АС, *ДПДС* (1850), бр. 727; *МИД В* V/67 (1852), *Допис МИД В Министарству унутрашњих дела вNo 1212* од 3. децембра 1852. године и тексту који следи.

Савету предочило и да је Врховни суд поднете жалбе одбацивао и поучавао странке да правне лекове подносе првостепеним судовима.[13]

Насупрот претходном случају, где је питању само делимично било места, овде је оно у потпуности било оправдано. Члан 7 УВС, који је говорио о пријему жалби на одлуке Апелационог суда, био је у очигледној супротности са одребом чл. 14 УАС, која је предвиђала да страна незадовољна одлуком Апелационог суда жалбу подноси првостепеном суду. Другог механизма за отклањање овакве противречности осим обраћања законодавној власти није било. У прилог оправданости молбе говори и пракса неуких незадовољних парничара, којима се свакако најлогичније чинило да жалбе предају управо оном суду који о њима треба да донесе одлуку. Али, будући да жалбена инстанца по природи ствари није довољно упозната са формалном страном жалбе, ипак је оправданије решење да се жалба предаје оном суду који је о предмету одлучивао у првом степену.

На адресу Савета молба је пристигла 2. октобра. Нацрт тумачења је израђен у року од тачно 15 дана од пријема поднеска – 17. октобра. Како извори о томе ћуте, није нам познато да ли је и овог пута ради израде нацрта тумачења била ангажована комисија. Чланови Савета нису се превише двоумили око тога коме се подносе жалбе на пресуде Апелационог суда, пошто чл. 14 УАС изричито каже да је то првостепени суд. Савет је дао за право пракси Врховног суда, који је непосредно поднете жалбе одбацивао. Смисао чл. 7 УВС је, сматра Савет, такав да се жалбе могу непосредно подносити Врховном суду против *решења* (*подвукао У. С.*), а не пресуда Апелационог суда. Конфузију је, дакле, изазвала врста судске одлуке против које је дозвољено непосредно подношење жалбе.[14] Констатовавши узрок проблема, Савет је искористио прилику да допуни и чл. 14 УАС. Аналогно одредби чл. 7 УВС, Апелациони суд ће бити овлашћен да прима жалбе на решења првостепених судова. Акт је послат кнезу 25. октобра.[15]

[13] Изворни текст молбе Министарства није сачуван, због чега смо били принуђени да га реконструишемо на основу података из извора у којима је препри чан. Вид. АС, *ДС, ДПДС* (1850), бр. 727; *Протокол седнице ДС No 727* од 1. октобра 1850. године, л. 121.

[14] Израз „решеније" се у судским устројствима користио и за доношење од луке у судском поступку. Тако се у члану 7 УОС, који је прописао да ће судије окружних судова моћи да буду подвргнуте истрази само по претходном налогу и упутству Министарства правде, каже да ће Министарство „... жалбе противу судија примати и к *решенију* (*подвукао У. С.*) упућивати..." УАС (чл. 15) је предвидео да ће Апелациони суд једном годишње Министарству правде слати списе предмета „по ради *решенија* (*подвукао У. С.*) пред њим стојећи". Вид. *Зборник закона I*, 183 и *Зборник закона III*, 152.

[15] АС, *ДС*, *ДПДС* (1850), бр. 727*; Протокол седнице ДС No 727* од 1. октобра 1850. године, л. 121.

Владалац је добио пројекат тумачења два дана касније, 27. октобра. Ни овог пута кнез се о предлогу тумачења није изјаснио брзо, мада је био далеко експедитивнији него приликом давања претходног тумачења. Сагласност на примљени предлог тумачења је изостала. Прегледавши примљени нацрт, кнез је 16. децембра донео одлуку да Савету пошаље предмет на поновно разматрање, с препоруком да при новом одлучивању, полазећи од већ одређених разлика између жалби и рекурса и пресуда и решења, изради нови, једноставнији нацрт интерпретативног закона, који ће бити разумљивији за судове и народ. Да би овај посао био успешно реализован, монарх сугерише Савету да од лица вичних праву образује комисију која ће сачинити текст тумачења. После тога ће интерпретативни закон ради прегледа бити поднет Савету, који ће га проследити кнезу.[16]

Изложени предлози откривају како кнез своју улогу законодавног чиниоца није схватао као пуко одобравање предлога Савета, већ је активно учествовао у давању интерпретација правних норми. Такав став још више добија на утемељености када се уочи да је смернице за даљи рад на интерпретативном закону дао управо владалац, који се у овој ситуацији показао као реалнији и трезвенији законодавни фактор и бољи познавалац могућности адресата и државних органа да усвоје одређену правну норму.

Послати акт Савет је добио 20. децембра. Но, одлука поводом њега није донета седам и по месеци. У складу са кнежевом препоруком, нацрт интерпретативног закона је кориговала у ту сврху формирана комисија.[17] Дана 3. августа 1851. године је одржана седница Савета на којој је чл. 7 УВС протумачен по други пут. Садржина интерпретације била је нешто другачија него првобитно израђени нацрт. Парнична странка незадовољна пресудом Апелационог суда дужна је да у законском року поднесе жалбу на пресуду и „побуђенија“ (жалбене разлоге) првостепеном суду. Првостепени суд примаће и жалбе против пресуда Врховног суда, али ће странка, ако то жели, жалбене разлоге моћи да одвоји и преда их непосредно Министарству правде или кнезу. Ипак, и тада ће то морати да учини у законском року за жалбу или року који је суд на њен захтев продужио.[18]

[16] АС, *МИД В, ДПМИДВ* (1850), бр. 2128.

[17] О њеном постојању сведочи *ДПМИДВ* (1851) бр. 681, у чијем одељку о садржини пристигле представке почетак гласи да Савет „у следству поднешеног му мњенија *Комисије* (*подвукао У. С.*), подноси књазу правила Апелирања и Рекурирања у грађанским парницама...“. Но, и овог пута њен састав нам остаје непознат.

[18] АС, *ДС, ДПДС* (1850), бр. 998; *МИД В, ДПМИДВ* (1851), бр. 681. Могућност продужења рока за предају жалбених разлога је пружао *Указ за рокове и рочишта у грађанским парницама* (1847). Вид. *Зборник закона IV,* стр. 149 150.

Нови нацрт тумачења Савет је поднео кнезу 7. августа, а владалац је одлуку о њему донео 4. септембра. Кнез се сложио са измењеним текстом, али с обзиром на то да је према његовом мишљењу интерпретативни закон уносио измене у УАС и УВС, наложио је Савету да га поднесе у форми уредбе, и то у складу са препоруком од 21. октобра 1850. године.[19]

Акт се вратио у Савет 6. септембра. Али требало је нешто више од пола године да Савет поступи према кнежевом захтеву. То се догодило 15. маја 1852. године, када је Савет кнезу послао интерпретативни закон у прописаном облику, и то не само у довољном броју примерака за потпис, него и ради слања свим општинама у Србији.[20] Владалац је истог дана потврдио примљено тумачење и наредио да се оно пошаље свим министарствима.[21]

Решење поново само једним делом представља тумачење правних норми, док други део отклања контрадикторност између већ постојећих прописа. Интерпретативни закон има одлике тумачења у делу који објашњава ко је надлежан за пријем жалбе и жалбених разлога на пресуду Врховног суда, зато што су Савет и кнез прецизирали одредбу УВС не излазећи из њених оквира. Као нови пропис можемо окарактерисати део посвећен надлежности за примање жалби на пресуде Апелационог суда, будући да решава којој ће се између две норме са истом тематиком – члановима 7 УВС и 14 УАС, дати предност.

19 Због праксе парничних странака да жалбе предају ненадлежним органима, Министарство правде је 1. јула 1850. предложило Савету да се правни акти убудуће објављују тако што ће се њихов текст прикачити на неким видним местима по сели ма. Савет је на седници од 15. септембра одбио овај предлог, али се кнез о њему 21. октобра изјаснио позитивно. Савет је, међутим, 10. маја 1852. предочио владаоцу да такав вид обнародовања закона није примерен српским селима, али је пристао да се закони који значајем одскачу од осталих достављају свакој општини у Србији. Вид. АС, *ДПДС* (1850), бр. 490, *Протокол седнице ДС No 490* од 15. септембра 1850. године, л. 42; *МИД В, ДПМИД В* (1850), бр. 1917; *МИД В* V/67 (1852), *Допис Државног савета кнезу Александру Карађорђевићу No 782/1850* од 10. маја 1852. године.

20 АС, *ДС* (1852), *Протокол седнице ДС No 765 од 15. маја 1852. године,* л. 476; *ДПДС* (1851), бр. 765; *МИД В* V/67 (1852), *Допис Државног савета кнезу Александру Карађорђевићу No 765* од 15. маја 1852. године.

21 АС, *МИД В* V/67 (1852), *Допис МИД В министарствима и Савету No 427* од 15. маја 1852. године; *ДПМИДВ* (1852), бр. 427. Чак ни тумачење није помогло да адресати схвате суштину правне норме. Наиме, кнез је преко унутрашњег одељења своје канцеларије 3. децембра 1852. поручио Министарству унутрашњих дела да је при прегледању жалби поднетих му на разматрање запазио како се парничари њему жале на одлуке Врховног суда а Врховном суду на одлуке првостепених и Апелационог суда и апеловао да се становништву још једном објасне одредбе судских устројстава. АС, *МИД В* V/67 (1852), *Допис МИД В Министарству унутрашњих дела вNo 1212* од 3. децембра 1852. године.

Тумачење је садржало неколико квалитетних решења. Олакшана је позиција виших судова, који су ослобођени испитивања формалног аспекта жалбе. Правило да се жалбе на одлуке нижег суда подносе њему самом и данас је једна од основних процесних норми,[22] што показује да је захваљујући и овом тумачењу грађанско процесно право Србије из доба уставобранитеља учинило корак напред ка принципима савременог парничног поступка. Разноликост у подношењу појединих врста правних лекова на различите судске одлуке, у којој се адресати правних норми и судови несумњиво не би добро снашли, овде је изостављена, а материја је уређена на крајње поједностављен начин. Исто тако, Савет и кнез су, без обзира на постојање одговарајућег прописа, уврстили и објашњење поступка предаје жалбе на пресуду Врховног суда. Проширење опсега интерпретативног закона је свакако резултат Саветовог запажања да постоји правна празнина слична оној из молбе Министарства и жеља да се њеним попуњавањем предупреде могуће будуће недоумице.

Уз све квалитете које поседује, у интерпретативном закону проналазимо и два пропуста. Нејасно је због чега законодавац није остао доследан начелу израженом у чл. 1 тумачења и предвидео да се жалбе на одлуке Врховног суда могу непосредно подносити Министарству правде или кнезу. Сумњамо да би раздвајање списа правног лека допринело да кнез стекне потпуније знање о случају, јер део документације ни изблиза не даје целовиту слику предмета. Поред тога, поновно сједињавање аката нужно захтева и још једно слање, што повећава вероватноћу оштећења или губитка списа. Напослетку, тумачење доноси и један пропуст формалног карактера – нарушава једнообразност у поступању са истоветним ситуацијама и поткрепљује тезу да је законодавцима савремено правничко размишљање, које се састоји у формулисању што општијих норми, још увек било страно.

Шта је навело Савет и кнеза да се определе за овакав став није познато. Могућ одговор се вероватно крије у значају Врховног суда као установе; пошто је била реч о незадовољству одлуком трећестепеног суда (и једине судске инстанце ниже од кнеза), који својим радом треба да служи за пример нижим судовима, природно је да са сваком жалбом на његов рад што пре буде упозната „врховна разсмотритељна власт“.

IV

Треће и последње тумачење датира из 1851. године. Пратећи одвијање парница Министарство правде се уверило да неке парничне странке нису у могућности да одговоре на захтев из чл. 54 и 55

[22] Вид. чл. 364 ЗПП, СГРС 125/04.

УОС да жалба буде поднета у року од осам дана од достављања пресуде, зато што им је место становања знатно удаљено од седишта суда. Оваква одредба је и неправична, пошто странка која станује у месту суда може чак 7 дана да размишља о садржини жалбе и жалбеним разлозима, док она чије је место становања удаљено мора да у кратком року уложи жалбу, јер се у супротном излаже ризику да пропусти законски рок. Неправичност постаје тим већа ако се узме у обзир да жалба странке може да буде основана. Исто тако, поставило се и питање како ће страни држављанин или поданик Србије који борави у иностранству задовољити рок узакоњен УОС.

Министарство је изнело и своје виђење решења проблема. Кад већ чл. 36 Устава допушта само осмодневни рок за жалбу на пресуде окружних судова, моли да се у „призреније" узме удаљеност стана странке или пак пропише да незадовољство не мора да буде изјављено суду који је решавао о предмету, него и „наравном" суду (суду надлежном према месту становања, *прим. У. С.*), а тако изјављена жалба ће се сматрати за благовремену ако је поднета у року од осам дана.[23]

Обраћање Министарства Савету било је разложно само у одређеној мери. Строге одредбе УОС су сигурно погађале странке с пребивалиштима удаљеним од седишта судова, а пропис није остављао много простора за екстензивно тумачење. Међутим, према слову *Уредбе о акторској кауцији и парничном пуномоћнику странаца* (1851, у даљем тексту: Уредба),[24] улога парничног пуномоћника странаца је била да обавља парничне радње уместо свог властодавца, па се не види разлог због кога би улагање жалбе представљало изузетак од општег правила.

Молба је пристигла у Савет 7. јуна. У прилично кратком року након пријема, 26. јуна, Савет је поводом ње одржао седницу. На седници је донета одлука да се „не врећајући касатељну уредбу парничним странама у овом помоћ учини", уз истовремену жељу да се судови, „којих се ствар не тиче", сачувају од превеликог посла. Чланови 54 и 55 УОС убудуће ће се тумачити тако да се за благо-

[23] Како ни ова молба није сачувана у изворима, и до њене садржине смо дош ли посредним путем уз помоћ података из деловодног протокола, протокола седни ца Савета и текста тумачења објављеног у Зборнику закона. Вид. Архив Србије, *ДС, ДПДС* (1851), бр. 487; *Протокол седнице ДС No 487 од 26. јуна 1851. године*, л. 23; *Зборник закона VI,* стр. 40 41.

[24] Уредба о акторској кауцији и парничном пуномоћнику странаца је донета 5. марта 1851. године и обавезала страног држављанина који жели да покрене пар ницу у Србији да, сам или преко неког српског поданика, положи одређену своту новца као гаранцију да ће у случају губитка парнице од њега моћи да се наплате трошкови поступка и судске таксе (тзв. акторска кауција). Према истом пропису странци су били и у обавези да у Србији имају пуномоћника за вођење парнице. Садржину Уредбе вид. у *Зборнику закона VI,* стр. 10 12.

времено изјављену жалбу сматра и она која је у осмодневном року предата пошти на повратни рецепис. Исти режим важиће и за реплике, дуплике и остале писане поднеске парничних странака. Али, овом погодношћу страни држављани неће моћи да се користе, јер им Уредба наређује да за вођење парнице овласте пуномоћника, чије пребивалиште није далеко од места седишта суда.[25]

Кнезу је акт Савета пристигао 6. јула. Владалац је донео одлуку о Саветовој представци у приближно истом року у коме је он одлучио о молби Министарства. Дана 25. јула он је дао сагласност на нацрт тумачења и наредио да се о његовој садржини обавесте министарства правде и финансија.[26]

Тек овај интерпретативни закон може се изједначавати са данашњим аутентичним тумачењима правних норми. Ни на који начин не мењајући тумачено устројство, Савет је само прецизирао одредбу једног његовог члана.

Тумачење у првом реду помаже парничарима, зато што им даје дужи рок за израду жалбе и размишљање о жалбеним разлозима, а у исто време олакшава коришћење правног лека; уместо да преваљује дуг и скуп пут до места седишта суда, парничној странци је довољно да „незадовољство“ (жалбу) преда пошти. Сагласно елементарном принципу правичности да неједнако треба третирати неједнако, Савет је правилно проценио да страном држављанину никако не може да стоји на располагању повољнији начин за предају жалбе, пошто већ има пуномоћника коме ништа не стоји на путу да уложи правни лек у законском року. Помена је вредно и то што је Савет прописао да ће се правило које важи за жалбе протезати и на све остале представке парничних странака у писаној форми и тако попунио још једну законску празнину.

Попут свих осталих тумачења, и ово је садржало извесне недостатке, који су претили да у будућности успоре рад судова. Иако је и у време доношења интерпретативног закона постојало препоручено слање пошиљки,[27] Савет се одлучио за решење према коме је довољна било каква предаја жалбе пошти, што је за собом повлачило и спорији пут поднеска до суда. Нема сумње да је таква одредба отворила врата одужењу парничних поступака и неизвесности у односима између странака, а судовима ставила у изглед претрпаност предметима. Са сигурношћу се може тврдити да је и овај део тумачења један од узрока нагомилавања парница и неефикасности уставобранитељског судства, о којима говори Слободан Јовановић.[28]

---

[25] АС, *ДС, Протокол седнице ДС No 487* од 26. јуна 1851. године, л. 23.

[26] АС, *МИД В, ДПМИДВ* (1851), бр. 591.

[27] Вид. члан 6 *Поштанске уредбе* (1849), *Зборник закона V*, 65.

[28] Опширније о овом проблему судова уставобранитељске Србије вид. у С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада,* Београд 1925, 16 26 репринт Београд 1990, 39 48.

V

На основу изложених текстова тумачења и њихових анализа можемо извући неколико закључака.

Једини иницијатор тумачења је Министарство правде. То је разумљиво, будући да је ово тело било надлежно да прати примену правних прописа и утврди тешкоће које се јављају у вези с њом. Подношене молбе за тумачењем само су донекле оправдане, јер је недоумице делимично проузроковало и непознавање права, којим су се одликовали државни органи. Све три недоумице су се односиле на поступак по правним лековима, тј. улагање жалбе, што говори да су управо с поимањем тог дела парнице адресати прописа и судови имали убедљиво највише тегоба. Посматране очима данашњег правника, питања зачуђују једноставношћу и показатељ су степена развоја права Србије средином XIX века.

Околност да су поједине одредбе устројстава тумачене и по два пута указује, с једне стране, на недовољну стручност државних органа, немоћних да се изборе са законским празнинама, али и својства самих правних аката, који су непотпуно регулисали друштвене односе и остављали читав низ нерешених питања у само једном од својих чланова. Сва тумачења дата су у периоду између 1849. и 1852. године, у средини владавине кнеза Александра Карађорђевића. Може се претпоставити да се тумачења појављују баш тада, јер је требало да протекне неколико година од доношења устројстава да би законске празнине изашле на видело.

Пада у очи да су два законодавна фактора (Савет и кнез) углавном била сагласна око садржине тумачења, а једина несугласица превазиђена је већ после прве исправке интерпретативног закона. Неслагања су ретка зато што материја о којој је одлучивано није била подобна да изазове конфликте, мада није на одмет напоменути да су устројства тумачена у годинама када су односи између Савета и кнеза били хармонични.[29]

Како „толковања“ углавном истовремено представљају и допуне устројстава, она само делом одговарају савременом појму аутентичног тумачења правне норме.

Текстови интерпретативних закона иду у корист адресатима правних норми и својим решењима осавремењују парнични поступак. Пракса да се правна норма уз тумачење истовремено допуњава или тумачи шире него што је Министарство тражило, смањивала је „опасност“ од нових молби за објашњењем њене садржине. Али, жеља

[29] До каквих су последица на пољу законодавне делатности доводили сукоби између кнеза и Савета најбоље илуструје препирка у вези с потребом кодификације кривичног права. Више о томе вид. Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991, 67 69.

да се изађе у сусрет интересима парничних странака резултирала је решењима која су претила да веома одуже парницу. Законодавцима се у појединим случајевима могу спочитати нејасно изражавање, као и неконзистентност у нормирању једнаких ситуација.

Пажљиво одмеривши све добре стране и недостатке интерпретативних закона, може се закључити да су они, без обзира на извесне слабости, својим одредбама ипак дали важан допринос изградњи грађанског процесног права и правног поретка Србије у XIX веку уопште.

Uroš Stanković, LL.M.

Assistant Lecturer
University of Novi Sad Faculty of Law

PRINCE ALEKSANDAR KARAĐORĐEVIĆ AND THE STATE COUNCIL AS THE INTERPRETERS OF THE CIVIL PROCEDURE STATUTES

Summary

The reign of Prince Aleksandar Karađorđević (1842–1858) was marked by the intensive legislative work and creation of judicial system. State bodies in charge with enforcement of the new laws and regulations, had often requested from the legislative branch, i.e. from Prince Aleksandar Karađorđević and the State Council, to issue authentic interpretations of the legislative acts. Among the acts that were construed by Prince and the Council are: *District Court Statute* of 1840, *Supreme Court Statute* of 1846 and *Appellate Court Statute* of 1846; with special emphasis to the statutory rules of civil procedure.

Statutory interpretations date back to the period between 1849 and 1852. The author carefully scrutinizes these interpretations, considers their advantages and imperfections, and indicates that they only partially abide by the contemporary rules of interpretation. The author concludes that authentic interpretations of the statutory rules of civil procedure, issued by Prince and the State Council, played a significant role in development of Serbian civil procedure in XIX century.

Key words: *State Council. – Prince Aleksandar Karađorđević. – Authentic interpretation of law. – Court Statutes.*

УДК 321.15(38)”-04/-03” ; 342.33(38)”-04/-03”

Сања Глигић

асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду
sanja gligic@yahoo.com

О ПОДЕЛИ ВЛАСТИ У АНТИЧКОЈ АТИНИ

Поједини аутори покушали су у античкој Атини да пронађу коре не Монтескјеове теорије о подели власти на легислативу, егзекутиву и суд ство. Основ њихових полазних ставова било је Аристотелово разликовање три функције, које могу служити државном уређењу: ekklesiazein (саветодавна), arkhein (она која се односи на управне органе) и dikazein (судска). У поступ ку одлучивања о „тужби против закона“ (graphe paranomon), коју је увео Пе рикле, уочили су судску контролу законитости. Међутим, нови радови о овом средству показују да graphe paranomon није могла да послужи јачој контроли скупштине од стране судова. С друге стране, анализа политичких институција непосредне атинске демократије упућује на закључак да скупштина, управни и судски органи античке Атине нису у пуном смислу речи били подељени на легис лативу, егзекутиву и судство у модерном значењу.

Кључне речи: *Подела власти. Graphe paranomon. Демократија. Поли тичке институције. Аристотел.*

1. УВОД

Од како је Монтескје у XVIII веку формулисао своју теорију о трипартитној подели власти, теоретичари су прихватили идеју да легислатива, егзекутива и судство треба да буду међусобно независне гране власти.[1] Почетком XX века поједини аутори, који су проучавали

[1] Монтескје говори о систему „теже и противтеже“ у коме су законодавна, извршна и судска власт независне једна од друге, али се међусобно ограничавају путем одговарајућих правних и политичких средстава: „Када су законодавна и из вршна власт обједињене у истој особи или у истом управном телу, слободе нема, јер постоји бојазан да ће тај монарх или сенат доносити тиранске законе да би их извршавао на тирански начин. Слободе нема ни када судска власт није одвојена од законодавне и извршне власти. Ако би била спојена са законодавном влашћу, власт

античку Грчку, покушали су да корене ове теорије пронађу у Атини. Њихова размишљања ослонила су се на Аристотелово разликовање оних који су учествовали у законодавној, управној и судској власти,[2] као и на постојање „тужбе против закона“ (*graphe paranomon*), којом се у Атини од V века пре н.е. вршила судска контрола законодавне власти.

У својој монографији о „тужби против закона“ (*graphe paranomon*) Хансен (*Hansen*) покушава да истакне судску контролу законодавне власти у модерном смислу речи, коју је *graphe paranomon* јемчила у оквирима атинске демократије. Ова тужба је била усмерена против закона које је доносила скупштина, а о њој је одлучивала хелиеја (високи народни суд).[3] У томе Хансен види судску контролу законодавне власти.[4] Због реформе закона из 403/402. године пре н.е., када је установљена нова процедура за доношење закона, закључује да је радикална демократија V века пре н.е., под којом је целокупна власт била у рукама скупштине (*ekklesia*), прерасла почетком IV века пре н.е. у модерну демократију где је постојала независност судова. Он прави разлику између органа који су одлучивали (скупштина у V веку пре н.е. и судови у IV веку пре н.е.) и органа који су иницирали процес одлучивања (јавни службеници: *arkhai*-магистрати и *bouleutes*-чланови управног Већа) у чему проналази основе за идеју о подели власти у античкој Атини.[5]

над животом и слободом грађана била би самовољна, јер би законодавац био и судија. Ако би, пак, била спојена са извршном влашћу, судија би могао имати снагу угњетача“. Монтескје, *О духу закона*, I 11, 6 (превод А. Мимица), Београд 1989.

2 „Један од елемената обухвата саветодавну власт, која одлучује о стварима које се тичу свих, други обухвата (извршне) власти и питање које власти треба да постоје, каква треба да буде њихова надлежност, какав треба да буде начин избора, и трећи елемент обухвата судску власт. Саветодавна власт одлучује о рату и миру, о склапању и раскидању савеза, о законима, о смртној казни, прогонству и конфискацији и пред њом органи (извршне) власти полажу рачуне“, Аристотел, *Политика* IV 1297б 1298а (прев. Љ. Станојевић Црепајац), Београд 1975.

3 Аврамовић хелиеју назива великим поротним судом, С. Аврамовић, „Елементи правне државе и индивидуална права у Атини“, *Правна држава у антици: pro et contra*, Правни факултет у Београду књ. 26, Београд 1998, 18. У раду је употребљен назив велики народни суд зато што у литератури поједини аутори заступају став да је хелиеја била место на коме су се окупљали Атињани у много већем броју у односу на друге демократске органе, D. MacDowel, *The Law in Classi cal Athens*, Cornell University Press 1978, 30.

4 M. H. Hansen, *The sovereignty of the People`s Court in Athens in the Fourth Century B.C. and The Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense Univer sity Press 1974, 11 13.

5 M. H. Hansen, „Initiative and Decision: The Separation of Powers in Fourth Century Athens“, *Greek, Roman and Byzantine Studies* 22/1981, 345 370; R. Sealey, *The Athenian Republic Democracy or the Rule of Law?*, The Pensilvania State University Press 1987, 148 146.

Лани (*Lanni*) сматра да је судска контрола законодавне власти била минималана. *Graphe paranomon* назива парадоксалном тужбом јер се на основу сачуваних случајева њене употребе у пракси може закључити да се није обраћала пажња на темељну правну анализу садржине закона. Од 39 познатих случајева употребе *graphe paranomon*, 20 се односило на одлуке о додељивању почасти (највише права грађанства).[6] Ово је било важно за онога коме се почасти уручују, али није значајно за јавни интерес. Судије-поротници су поредили спорни закон (који се нападао са *graphe paranomon*) са другим законима и често проналазили да су њихове садржине међусобно биле контрадикторне.[7] *Graphe paranomon* се односила само на формалне процедуралне приговоре и очигледне контрадикције са постојећим законима, због чега она није могла да послужи јачој контроли скупштине од стране судова.[8] Судови су првенствено имали социјалну или политичку улогу, јер је судница за стране у спору представљала неку врсту арене у којој су се бранили част и углед појединца у полису.[9]

На опасност примене модерних теорија у античком праву указује Аврамовић сасвим оправдано, јер поред многих покушаја да се читаоци привуку атрактивним поређењима, они тако уствари остају ускраћени за права сазнања која се темеље на тумачењу извора.[10]

Ради сагледавања атинске демократије неопходно је претходно проучити демократске институције и њихово функционисање у пракси.

2. ПОЛИТИЧКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ

Грчка демократија се разликује од модерних форми демократије по томе што је подразумевала непосредно учествовање обичних људи у одлучивању о општим стварима. На то указује и сама реч *demokratia*, која у себи спаја термине *kratein* (владати) и *demos* (народ). Међутим, важно је утврдити колику моћ је заиста имао народ.

6 M. H. Hansen (1974), 62 63.

7 A. Lanni, „Judical Review and the Athenian „Constitution“, *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series* 10 12/2010, 6 8.

8 M. J. Sundahl, „The Rule of Law“, *Classica et mediaevalia* 54/2003, 155.

9 Вид. R. Osborne, *Demos, the Discovery of Classical Attika*, Cambridge Univer sity Press 1985; D. Choen, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge University Press 1995.

10 С. Аврамовић, „О подели на јавно и приватно право у праву грчких полиса“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1982, 821.

Сејли (*Sealey*) истиче да је „демократија" термин из V века пре н.е., који су прво употребљавали непријатељи атинске демократије, означавајући под њим „злоупотребу руље".[11] По Платону: „Демократска влада, дакле, настаје кад сиромаси победе, па један део противника побију а други протерају, а са осталима равномерно поделе владу и грађанска права".[12] Међутим, он прави разлику између сиромашног народа (*demos*) и „олоша" (*olchos*). Зло настаје у држави уколико „холерични" воде главну реч, јер су они паразити у телу државе. Пошто жуч (*chole*) изазива бес и гнев, стршљенима (трутови са жаоком) Платон назива оне који су бесни, раждражљиви, у све се мешају и хоће да одлучују и предводе. Насупрот њима стоје флегматични трутови без жаоке (*phlegma*-гној који узрокује високу температуру, поспаност и апатију), чија је улога да „зује" око стршљена. Уколико флегматични народ (*demos*) добије мед од стршљена-политичких лидера пошто је најбројнији постаје и најмоћнији, тада гомила, заведена убодом стршљена, постаје олош (*olchos*).[13] При том, Атињани нису демократијом називали уређење, него владавину права.[14] Хансен потврђује да је за критичаре демократија имала негативно значење, али да је сам термин настао раније (почетком V или чак крајем VI века пре н.е.) и да њега нису на исти начин схватали демократе.[15] На основу поређења са терминологијом која се користила за остала грчка уређења, закључује се да се под демократијом подразумевала јавна активност свих одраслих мушкараца да унапреде вредности полиса. Акценат је на „образовању народа", а не на „владавини народа".[16]

Атина је прошла кроз неколико фаза у развоју политичких институција, којима је установљена непосредна демократија у V веку пре н.е. Реформе Солона 594. године пре н.е., подстакнуте решавањем социјалне кризе, донеле су Атини нове законе.[17] Со-

[11] Под „руљом" подразумева ниже слојеве грађанства, који су демократијом добили моћ. R. Sealey (1987), 92.

[12] Платон, *Држава* VIII 557a (превод А. Вилхар, Б. Павловић), Београд 2002.

[13] *Ibid.*, 564b 565c. Русо на сличан начин говори да демократија највише одговара малим и сиромашним државама, јер је олош (*la canaille*) великих градова, који нема шта да изгуби, спреман да за хлеб прода слободу. Вид. Ж. Ж. Русо, *Друштвени уговор* VIII, Београд 1949.

[14] R. Sealey (1987), 147; M. Ostwald, *From Popular Sovereignty to the Sover eignty of Law: Law, Society, and Politics in Fifth Century Athens*, Berkeley 1986, 497.

[15] M. H. Hansen, „The origin of the term demokratia", *Liverpool Classical Month ly* 11/1986, 35.

[16] J. Ober, *The original meaning of democracy: capacity to do things, not majority rule*, Philadelphia 2006a, 57 60.

[17] M. Gagarin, *Writing Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, 44; K J. Hölkeskamp, „Written Law in Archaic Greece", *Proceedings of the Cambridge Philological Society* 38/1992, 91.

лон је увео привилегије на основу производње и рада, а укинуо оне које су до тада имали аристократи по основу свог племићког порекла. Следећа институционална промена, која је утицала на даљи развој демократије, десила се у последњој декади VI века пре н.е., као последица пада тираније. Конфликт између представника два аристократска табора Клистена и Исагоре довео је до напада спартанског базилеуса Клеомена на Атику 508. године пре н.е. „Атинска револуција“ се завршила протеривањем Клеомена и Исагоре, а Клистен је добио могућност да спроведе реформе.[18] Последњи бедем атинске аристократије – Ареопаг (веће бивших архоната) тешко је рањен одлуком скупштине 462. године пре н.е. којом му се одузимају дотадашње функције[19] и којом он постаје обичан судски орган у чију су надлежност спадала само нека кривична дела.[20]

2.1. Скупштина

Најзначајнији орган атинске демократије у V веку пре н.е. била је скупштина (*ekklesia*) у чији састав су улазили сви пуноправни Атињани (старији од 18 година). Они су непосредно одлучивали о кључним питањима унутрашње и спољне политике важним за функционисање полиса, као што су доношење закона, избор и контрола других органа власти, одлучивање о рату и миру, склапању и раскидању савеза, „часном прогонству“– остракизму, смртној казни,[21] конфискацији, прехрани полиса.[22]

За разлику од аристократског периода у коме се није често састајала, еклезија је касније имала четири обавезна заседања у сваком од 10-годишњих периода, када су оперативна тела (пританије) извршног органа – Већа буле сазивале скупштину, а уколико је било

[18] Под „атинском револуцијом“ се подразумева реаговање демоса на постуке Клеомена и Исагоре. Наиме, када је Клеомен са својом војском ушао у Атину протерао је 700 породица (Клистен је добровољно напустио полис) и покушао је уклањањем Већа 400 да заведе олигархијску управу од 300 чланова са Исагором на челу. То је изазвало револт демоса, који је присилио Клеомена и Исагору да се повуку, а Клистен се вратио и добио могућност да до краја спроведе реформе које је започео. J. Ober, *The Athenian Revolution: Essays on Ancient Greek Democracy and Political Theory*, Princeton University Press, Princeton NJ 1996, 32 37.

[19] Ареопаг је био традиционални чувар закона и суд. Вид. Аристотел, *Устав атенски* 4.4, 8.4, 25.2. (превод Н. Мајнарић), Загреб 1948; R. W. Wallace, *The Areopa gos Council, to 307 B.C.*, Baltimore London 1989.

[20] Поред тога што је у Атини било још реформи током касног V и у IV веку пре н.е. већина аутора истиче ова три датума као кључна за формирање демократских институција. Вид. K. Raaflaub, J. Ober, R. W. Wallace, *The Origins of Democracy in An cient Greece*, University of California Press, Berkeley Los Angeles 2007.

[21] Вид. Г. Тир, „Смртна казна за убиство у античкој Атини“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1988, 213 223.

[22] Аристотел, *Устав атенски* 43; Аристотел, *Политика* IV 1298a.

потребе, могле су се заказивати и ванредне скупштине.[23] Захваљујући непосредној демократији, током заседања свако је од присутних могао да ступи на говорницу и износи своје предлоге. Предлагач одређене теме за расправу прво се обраћао пританима, који су састављали дневни ред (објављивао се пет дана унапред) за следећу еклезију.[24] По једном извору, толико је било посла да је предлагач некад морао да чека више од годину дана док његов предлог дође на дневни ред за одлучивање.[25] То је вероватно била последица чињенице што заседање еклезије није могло да траје дуже од једног дана, као и великог броја кандидата (*rhetores*), који су се јављали за реч током дебате о конкретном питању.[26] Други извори наводе да је сваки члан еклезије смео два пута да говори о једном питању.[27] Међутим, за разлику од клепсидре која се користила у атинским судовима да ограничи време говора супротстављених странака, у изворима није сачуван податак о лимитирању трајања говора у еклезији. С обзиром на то да су Атињани били познати по томе да су волели да беседе, заседање је почињало у рано јутро и морало је да се заврши до краја дана.[28]

Чланови еклезије су на заседање одлазили у Пникс, где је оквирно могло да се смести између 6500 и 8000 људи.[29] За важна питања (на пример, остракизам) тражио се кворум од 6000 присутних, што је говорило у прилог тога да је отприлике петина, а у време Перикла, десетина потенцијалног скупштинског тела присуствовала седницама.[30] Пошто, у почетку, Атињани нису долазили на заседања,

---

[23] M. H. Hansen, „How Often Did the Ecclesia Meet?“, *Greek, Roman and Byz antine Studies* 18/1977, 57 58.

[24] Аристотел, *Устав атенски* 43.6.

[25] [Xenophon], *Athenaion Politeia* 3.2.

[26] Thucydides, I 139.4, III 3.36, VI 15.1; Xenophon, *Hellenica* I 7.12.

[27] Еуриптолемус је два пута говорио током друге еклезије одржане после битке код Аргинусе. Xenophon, *Hellenica* I 7.12 16. Исти податак даје и Демостен, у свом говору „Против Тимократа“, описујући Еуктемона, који је два пута говорио о незаконитом предлогу Тимократовог закона о одлагању плаћања дуга државних дужника на еклезији одржаној 354/353. године пре н.е. Demosthenes, 24.12 13.

[28] Аристофан у „Еклезијасусама“ (Жене у народној скупштини) описује да су због раних заседања еклезије Атињани морали да устану пре свитања да би стигли на време. Aristophanes, *Ecclesiazusae* 740 741.

[29] H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oxford 1991, 130.

[30] Међу модерним ауторима постоји неспоразум око броја становника у полису. Пошто у састав еклезије нису улазиле жене, деца, странци (метеци) и робови, поменути бројеви се односе само на пуноправне слободне Атињане. Њихов број је био већи за време Перикла (око 60.000), док за IV век пре н.е. мишљења варирају између 20.000 и 30.000 грађана. A. J. Coale, P. Demeny, *Regional Model Life Tables and Stable Populations*, Princeton 1966, 38; M. H. Hansen, *Demography and Democracy:*

у IV веку пре н.е. уведене су плате и то једна драхма по седници, за разлику од хелиеје (великог народног суда) где су поротници примали три обола (пола драхме).[31] Заседања еклезије одржавала су се на отвореном, што значи да су грађани били изложени киши и сунцу. Од Аристофана сазнајемо да је скупштина могла да буде и одложена у случају кише.[32] Исти аутор наводи да су седнице понекад толико дуго трајале да су Атињани полазили са храном и вином на Пникс.[33] У специјалним приликама (на пример, политичким кризама) дешавало се да је заседање трајало до мрака.[34]

Пре отварања скупштинског заседања одржавао се састанак Већа буле, који су иницирали притани, са задатком да се међу њима коцком изабере девет *proedroi*, од којих ће један председавати еклезијом (избор је важио само за то заседање и сваки пуноправни Атињанин је могао да буде *proedros* само једном годишње). Пошто је сваку тачку дневног реда (садржао је минимум девет тачака) претходно разматрало Веће, уколико се еклезија слагала са предлогом, сматрано је да је ствар решена, у супротном отварао се претрес.[35]

Један од античких критичара еклезије, Есхин, у свом говору „Против Ктесифонта" жали се на праксу Атињана да у скупштини председавајући (*proedros*) даје реч прво онима који су старији од 50 година.[36] По њему *proedroi* често греше јер одока сабирају подигнуте руке Атињана који су гласали за конкретан предлог.[37] Из овога се може закључити да је Есхин вероватно имао поверење у тајно гласање помоћу бронзаних дискова (*psephoi*), које је било карактеристично за хелиеју. Тајно гласање искључује куповину гласова, с обзиром да купац никада није могао да буде сигуран у то како је корумпирани гласао, а гарантује прецизност у бројању гласова, што

The Number of Athenian Citizens in the Fourth Century BC, Herning 1986, 9 13; A. H. M. Jones, *Athenian Democracy*, London 1957, 75 96.

31 Аристотел, *Устав атенски* 62.2.

32 Аристофан, *Архањани* 171. (превод М. Шкиљан), Загреб 2000.

33 Aristophanes, *Ecclesiazusae* 306 308.

34 Демостен у поменутом говору „Против Тимократа" истиче да се о Еуктемовом предлогу расправљало више од 12 сати, при чему је еклезија целодневно заседање посветила само овој тачки дненог реда, што је представљало изузетак од правила да се на једном заседању говори о најмање девет тачака, Demosthenes, 24.9 15. Сличан случај бележи и Ксенофонт, када је еклезија по мраку одлучивала о смртној казни осморице војсковођа, који су оптужени након победе у бици код Аргинуса, Henophon, *Hellenica* I 7.7.

35 Аристотел, *Устав атенски* 44.1 3.

36 Aeschines 1.23; На овакву праксу Атињана да говоре прво они који су старији упућује и Демостен, као Ктесифонтов бранилац, у свом чувеном говору *О венцу*. Demosthenes, 18. 170.

37 Aeschines 3.3.

је било тешко остварити приликом бројања више хиљада подигнутих руку у скупштини.

Поред јавног гласања подизањем руку (*cheirotonia*) атинска еклезија је примењивала и тајно гласање, најчешће на црепићу (*ostrakon*), у случају остракизма – часног прогонства. Сваке године се у еклезији гласало о томе да ли треба неког грађанина протерати на 10 година из полиса, јер је својим понашањем подривао демократско уређење. Уколико је одговор позитиван Атињани су на црепићу исписивали име онога кога су желели привремено да удаље. „Победник" (онај ко је добио највише гласова) није морао да буде оптужен, још мање осуђен за конкретно дело, довољна је била сумња демоса у његову оданост полису. Имовина му није била конфискована, а о њој је могао да се стара пријатељ или рођак кога он одреди. Форсдајк (*Forsdyke*), анализирајући однос између гласања о остракизму на годишњем нивоу и оних који су протерани (само је 15 случајева познато), закључује да је остракизам био опомена обичног грађанина упућена представницима елите у моменту када су се они међусобно сукобљавали, а тај конфликт је могао да угрози стабилност полиса. „Интервенција масе" датира још од „атинске револуције" (Клистенових реформи), која је била корен демократије и бојно поље на коме се политичка елита борила за превласт. Каснија стабилност атинске демократије је управо резултат „интервенција масе".[38]

Атина класичног периода је у грчком свету била центар литерарног стваралаштва. Сачуван је велики број литерарних извора, али, на жалост, ни један целовит епиграфски правни текст. Међутим, управо литерарни извори сведоче да је Атина била пример онога што археолози називају „епиграфском навиком" исписивања закона на камену или дрвету и њиховом јавном приказивању.[39] Оваква пракса пружала је могућност свима да виде шта је одлучено.

Законодавна активност атинске скупштине је најбољи показатељ да ли се она може назвати легислативом у модерном смислу речи. Када је установљен демократски режим законе је у Атини доносила скупштина, на предлог управног Већа буле. Гласовима већине грађана, који су били присутни на седници, изгласавао се закон и тада почиње да се употребљава термин *psephisma*. Ова реч се обично преводи као одлука или гласање, а означавала је појединачно правно правило или меру коју је изгласала скупштина (то је било гласање бацањем каменчића-*psephos*, али се односило и на гласање

[38] S. Forsdyke, *Exile, Ostracism, and Democracy: The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton University Press 2005, 36 38, 72 80, 106 117.

[39] Без обзира што из античке Атине није сачуван ниједан целовит епиграфски правни текст, везу између „епиграфске навике" Атињана и демократије детаљно описује C. W. Hendrick, „Democracy and the Athenian epigraphic habit", *Hesperia* 1999/68, 387 439.

подизањем руке). У V веку пре н.е. термин *nomos* се користио за Драконове и Солонове законе, који нису донети на основу гласања у скупштини и законе за које је гласала скупштина, а *psephisma* само за одлуке које је доносила скупштина.[40] Разлике није било, зато што су *nomos* и *psephisma* изгласавани на исти начин (изузетак су представљали једино Драконови и Солонови закони) и били подложни „тужби против закона" (*graphe paranomon*). Крајем V века пре н.е. велики број Солонових речи и израза је застарео, због чега су настале нове *psephismata*.[41] Ово је, између осталог, довело до реформе закона 403/402. године пре н.е. када је установљена нова процедура за доношење закона *nomoi*, коју су спроводили номотети (*nomothetai* – посебно тело чије је чланове бирала скупштина из састава великог народног суда – хелиеје). Скупштина је у својој надлежности задржала само доношење псефизми.[42] Како истиче Хансен, од тог момента *nomos* званично постаје виши правни акт, зато што је подлегао законском поступку (*nomoi*), за разлику од састављања нацрта за доношење привремених мера (*psephismata*).[43] Реформа закона више указује на мешање законодавне и судске власти, нарочито у погледу истоветног састава тела која одлучују, што ствара додатне потешкоће ауторима који су истицали поделу власти у античкој Атини.

Од 415. године пре н.е. пуноправни Атињанин је могао да поднесе „тужбу против закона" (*graphe paranomon*) против било ког грађанина који је у скупштини предложио закон.[44] Суђење се одвијало у судским већима (*dikasterion*) где се разматрао закон, о коме је раније расправљала еклезија.[45] „Тужба против закона" се подносила пре[46] или

---

[40] D. M. MacDowell, (1978), 45.

[41] Аристотел, *Устав атенски* 35.2; Lysias, 10.16 20.

[42] A. R. W. Harrison, „Law Making at Athens at the End of the Fifth Centyru B.C.", *The Journal of Hellenic studies* 75/1955, 26 27; S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993, 18.

[43] M. N. Hansen, „*Nomos* and *Psephisma* in Fourt Century Athens", *Greek, Roman and Byzantine studies* 19/1978, 316 317.

[44] У најранијем познатом случају из 415. године пре н.е. Спеусип је предложио *probuleuma* (у преводу „проследити еклезији", означавала је пријаву грађанина о прекршају на неком скупу, која се подносила пританима, а они су је прослеђивали еклезији, вид. D. MacDowel (1978), 194 197) о затварању Леогораса због његовог учествовања у рушилачким походима Мистерија (тајних религиозних скупова), који су оштетили већи број херма (камени стубови са попрсјем Хермеса, бога трговине и заштитника путева). Леогорас је одговорио са *graphe paranomon* тврдећи да Спеусип предлог садржи нетачне информације, Andocides 1.17, 22.

[45] Обично је дикастерија бројала 501 хелијаста, али је у важнијим случајевима тај број могао бити и већи.

[46] Еруптолем је поднео *graphe paranomon* пре гласања у скупштини о Каликсеновом предлогу да се без суђења погубе осморица војсковођа после победе у битки код Аргинуса. Xenophon, *Hellenica* I 7.7.

после гласања у скупштини о спорном закону.[47] Уколико је тужилац успешан, закон се поништавао, а браниоцу је казну одређивао суд, под условом да није прошло више од годину дана.[48] Пошто су судије-поротници могли да одлучују и о предлогу закона, који није изгласан у еклезији, подржавањем предлога закон је аутоматски ступао на снагу без обзира на то што о њему није гласала скупштина.[49] Управо у овом преузимању законодавне надлежности суда неки аутори не само да виде судску контролу законитости деловањем *graphe paranomon*, која само по форми може да се пореди са модерном, већ их такав однос снага између скупштине и суда асоцира на бикамерализам у модерном смислу, где горњи дом (у овом случају суд) контролише законодавну активност доњег дома (скупштине).[50] Поређење је неприкладно првенствено зато што су у еклезији и суду седели исти грађани. Сем тога, већи број аутора је закључио да је употреба *graphe paranomon* имала за циљ да прикаже однос политичких снага у полису и да је, уместо унапређења, она у ствари била кочница за даљи развој правног система.[51] О томе говори и податак да је била укинута за време олигархијских преврата (411. и 404. године пре н.е.), када су се олигарси уплашили да дејство *graphe paranomon* не блокира њихово деловање.[52] После реформе закона 403/402. године пре н.е. ова тужба је могла да се користи само против псефизми које је доносила еклезија.

Реформа закона 403/402. године пре н.е. била је последица политиче кризе у претходном периоду. Прво се десио низ војних пораза Атине у другој половини Пелопонеског рата (431–404. године пре н.е.): експедиција на Сицилију 413. године пре н.е. (изгласана огромном већином гласова у еклезији, али с тешким последицама по углед Атине) и устанак на Хиосу 412. године пре н.е. (покренуо је велики број полиса да се окрену против Атињана).[53] Ови догађаји

47 Еуктемон је поднео *graphe paranomon* против одлуке о добијању часних права Андротиона (захтевао је права на основу повлачења из рада Већа буле у коме је служио други мандат) после гласања о његовом предлогу у скупштини. Demos thenes, 22.5.

48 Након периода од годину дана, подизање *graphe paranomon* имало је за последицу само поништавање спорног закона пред судом, Demosthenes, 20.144; 58.1; 23.104.

49 Demosthenes, 24.9 15.

50 A. Lanni, (2010), 18 19.

51 J. N. Madvig, *Eine Bemerkung über die Gränze der Competenz des Volkes und der Gerichte bei den Athenaiern in Kleine Philologische Schriften*, Leipzig 1875, 378 390; H. J. Wolff, *„Normenkontrolle" und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie*, Heidelberg 1970, 13 14; D. MacDowel (1978), 52; M. J. Sundahl, 140 142.

52 Аристотел, *Устав атенски* 29.4; Thucydides, 8.67; Demosthenes, 24.154; Aeschines 3.191.

53 R. Sealey, *A History of the Greek City States ca. 700 338BC*, Berkeley 1976, 355 358.

утицали су на Атињане да у скупштини 411. године пре н.е. замене демократију олигархијом Четири стотине, с вером да је неопходно ефикасније уређење полиса за време рата.[54] Без обзира на то што је демократија обновљена 410. године пре н.е., проблеми су наставили да продубљују политичку кризу. Иако су Атињани победили у бици код Аргинуса 406. године пре н.е., еклезија је одлучила да осморицу војсковођа осуди на смрт без суђења, зато што нису сахранили атинске војнике, чији су бродови били потопљени током битке. Одлука скупштине у овом случају показала је да демократију контролише „руља“, која је дозволила себи да прекорачи границе закона.[55] После 27 година рата Атина је поражена и 404. године пре н.е. на власт су дошли Тридесеторица тирана. Међутим, као и у случају владавине Четири стотине, олигархија Тридесеторице тирана није потрајала.[56] Током 403/402. године пре н.е. брутална владавина Тридесеторице тирана се окончала рестаурацијом демократије.

Обнова демократије 403/402. године пре н.е. није само имала за последицу укидање олигархије, већ је подразумевала и извесне модфикације у односу на ранији радикални демократски режим, који је своју лошу страну највише показао у случају гласања еклезије после битке код Аргинуса. У предстојећем периоду планирано је строго поштовање закона.[57] Реформе су донеле измене и допуне закона и њихово излагање на оцену јавности, установиле нову процедуру доношења закона од стране номотета, креирале тужбу због предлагања закона који је у нескладу са другим законима – *graphe nomon me epitedeion theinai* и успоставиле нову хиреархију правних норми дајући предност закону (*nomos*) у односу на појединачна правна правила (*psephisma*).[58]

Доношење закона које је у периоду пре реформе било у надлежности скупштине, поверено је номотетима. Извори говоре о три

---

[54] M. Ostwald, 344 395.

[55] Када је извесни Еурипитолем током дебате изјавио да је одлука о погубљењу војсковођа без суђења противна законима Атине, група грађана је одговорила да се мора дозволити демосу да ради оно што он жели, Xenophon, *Hellenica* I 7.12.

[56] Вид. P. Krentz, *The Thirty at Athens*, Ithaca 1982.

[57] По сведочењу Демостена (24.42) на основу Диоклесовог закона три врсте *nomoi* су после реформе били валидни: они који су донети непосредно пре избора архонта Еуклеидеса, током и после његове владавине. D. M. MacDowell, *Andokides On the Mysteries*, Oxford 1962, 197; M. Ostwald (1986), 522 524.

[58] Од осталих реформи које су извршене 403/402. године пре н.е. издвајамо: да су магистрати могли користити само писане законе, забрану *ad hominem* кажњавања (једини изузетак од ове забране био је Клистенов закон о остракизму, али то није битно, зато што је последњи познати случај часно прогонаног био Хипербол 416. године пре н.е.), да су валидне све пресуде (судских поступака и арбитраже) донете у време демократског режима и да остају на снази само оне *psephismata* које су донете за време архонта Еуклеидеса, Andocides, 1.87.

врсте поступака које су номотети могли да користе.[59] Први је био преиспитивање закона у оквиру кога је могао да се предложи нови закон или да се усвоје измене на постојећи закон.[60] Било који грађанин је могао да иницира доношење новог закона, под условом да предлог изложи јавности у писаном облику. Еклезија се изјашњавала о предлогу, а номотети су, као на суђењу, вредновали аргументе за и против предлога и доносили коначну одлуку дизањем руке.[61] Други поступак је био опозив закона који је био у нескладу са другим законима, који је могао да покрене било ко, под условом да предложи нови закон уместо оног кога жели да опозове. У овом случају номотети су прво преиспитивали да ли је постојећи закон одговарајући за Атињане, а ако су изгласали да је неодговарајући, морали су да понове гласање, али овога пута да би утврдили да ли је одговарајући нови закон.[62] Нови закон није смео да буде супротан постојећим, јер би тада против предлагача могао да се покрене поступак на основу тужбе због предлагања закона који је у нескладу са другим законима (*graphe nomon me epitedeion theinai*). За разлику од претходна два поступка, којима је било заједничко то што су подстицали доношење нових закона, трећи поступак је подразумевао проналажење недостатака у постојећим законима. Тесмотети (архонти „чувари обичаја“) су били задужени за откривање недостатака, еклезија је просуђивала да ли су ти недостаци били релевантни, а номотети су одлучивали који од недостатака треба да се укине.

Тужба због предлагања закона који је у нескладу са другим законима (*graphe nomon me epitedeion theinai*) уведена је због промена које су наступиле 403/402. године пре н.е. Стара „тужба против закона“ (*graphe paranomon*) се користила само против појединачних правних правила (*psephisma*), које је доносила скупштина, а *graphe nomon me epitedeion theinai* против нових закона, које су доносили номотети.[63]

Скупштина је једина имала право да прихвати или одбије инцијативу грађана за покретање поступка гласања о неповерењу магистрата (*epicheirotonia*). У случају прихватања следио је поступак *esangelia* о коме је током V века пре н.е. одлучивала скупштина

59 Demosthenes, 24.20 23; 24. 33; 24.89 90; Aeschines 3.38 39.

60 Промена закона била је ограничена на постојеће законе који су се односили на управно Веће буле, архонте, стратеге и друге магистрате.

61 Предлагач новог закона је био тужилац, а петорица изабраних грађана од стране скупштине су се појављивали у улози браниоца закона.

62 У пракси се вероватно дешавало да су проглашавали неоговарајућим оба закона, па су у тим случајевима само опозивали постојећи закон. D. M. MacDowell, „Law Making at Athens in the Fourth Century B.C.“, *The Journal of Hellenic Studies* 95/1975, 70.

63 H. J. Wolff, 40 41.

доношењем *krieses*. Од 350. године пре н.е. еклезији је укинуто право да делује као суд и њена судска надлежност за политичке случајеве пребачена је на дикастерије.[64]

2.2. Управно веће и магистрати

Управно Веће буле, које је чинило 400 чланова, 594. године пре н.е. Солон је увео у политички живот Атине. Након „Атинске револуције“ 508. године пре н.е. Клистен је број чланова повећао на 500.[65] Чланови новог Већа имали су мандат од годину дана и били су бирани коцком у складу са новим „деме/фила“ територијалним критеријумом. Популацију Атињана Клистен је поделио на 139 дема (оне су биле претеча села или градских предграђа), које су се налазиле у оквирима 10 нових фила. Деме и филе имале су важну улогу у новом политичком уређењу, а постали су кључно обележје атинског идентитета.[66] Андерсон (*Anderson*) у постреволуционарним институционалним променама види стварање „измишљене политичке заједнице“ грађана. Нове филе нису биле граничне, у сваку је улазила по једна трећина грађана који су живели на обали, острвима и унутрашњости атинске територије.[67] Веће 500 било је формирано тако што су у његов састав улазили по 50 већника из сваке од 10 фила.[68] При том се избор већника коцком вршио на нивоу дема са списка који је бројао десет пута више кандидата.

Свака фила, односно 50 већника који су је представљали, имала је право да једном годишње обавља посао оперативног тела-пританија, у чијој надлежнсти су се налазиле најзначајније функције већа: сазивање Већа и скупштине, припремање дневног реда скупштине, дипломатија (пријем страних изасланика) и брига о дневним административним пословима полиса.[69] Демостен сведочи да су постојали посебни закони (*nomoi bouleutikoi*), који су уређивали надлежности Већа буле.[70] Већници су могли да имају само два мандата,

[64] Demosthenes, 8.28 29; 19.277 279; Aechines 3.224.

[65] P. J. Rhodes, *The Athenian Boule*, Oxford 1985, 11.

[66] R. Osborne, *Demos, the Discovery of Classical Attika*, Cambridge University Press, Cambridge 1985, 132 137.

[67] G. Anderson, *The Athenian Experiment: Building an Imagined Political Com munity in Ancient Attica, 508 490 B.C.*, University Michigen Press, Ann Arbor 2003, 213 215.

[68] Аристотел, *Устав атенски*, 43.1.

[69] Састајали су се много више од еклезије, око 250 пута у току године, *ibid.*, 43.3.

[70] Demosthenes, 24.20. О једном од тих закона вероватно сведочи и Аристотел, када напомиње да је Веће „некада имало пуну власт глобу ударити, у окове свезати и убијати“, али је у међувремену донет закон којим је народ ове надлежности одузео већу. Аристотел, *Устав атенски* 45.1.

који нису морали да буду узастопни и примали су плату од 5 обола (6 обола=1 драхма). Еклезија је могла да пренесе нека овлашћења на буле, али се то односило на *psephismata* рутинске садржине[71]и изрицање казни у вредности мањој од 500 драхми.[72] Већину одлука буле су доносиле у форми *probuleuma*, о којима је гласала еклезија.[73] Буле су могле да суде метецима (странцима), уколико нису имали атинског грађанина који је био задужен за њих (*prostates*).[74] Међутим, судска власт Већа је највише била истакнута у поступку *esangelia*, који се могао покренути против магистрата због злоупотребе службеног положаја или грађанина због покушаја рушења демократског уређења.[75] Било ко (роб или слободан, странац или грађанин) је могао да поднесе пријаву члановима Већа.[76] Буле су имале право да одбију пријаву[77]или да је прихвате, у ком случају су притани заказивали дан за саслушање пред булеутима, а оптужени се по налогу Већа могао и затворити до почетка суђења.[78] На крају саслушања, у надлежности чланова Већа било је изрицање казне до 500 драхми, али је током IV века пре н.е. постојала могућност да се оптужени жали (*ephesis*) хелиеји због казне коју су изрекли булеути.[79] Уколико се радило о делу код кога је кажњавање подразумевало виши износ, буле су могле да поступе на три начина: да проследе случај хелиеји (посредством тесмотета) или скупштини или да промене своју одлуку и одбију пријаву.[80] У првој фази поступка *esangelia* Веће је гла-

[71] P. J. Rhodes, 82. Међутим, постоји изузетак када је Веће одлучивало о значајнијем питању (војна проблематика) уместо еклезије. Demosthenes, 19.154.

[72] Demosthenes, 47.43.

[73] Де Лаикс закључује да је тзв. пробулеуматска процедура у пракси доводила до тога да су буле постале најважнији државни орган. Истиче да је чињеница да је еклезија имала право вета на одлуке Већа, али је по њему ова улога скупштине прецењена, R. A. De Laix, *Probouleusis at Athens*, Berkly Los Angeles 1973, 149 153.

[74] P. Gauthier, *Symbola: les étrangers et la justice dans les cités grecques*, Nancy 1972, 144 148.

[75] Аристотел, *Устав атенски*, 45.2.

[76] Аристофан, *Витезови,* 475.

[77] Поједини аутори виде ово право Веће у Лисијином говору „Против Никомаха“, где је Никомах оптужен за примање мита током свог мандата на месту магистрата. Наиме, поступак *esangelia* је покренут пред Већем, али је Веће обило пријаву (Lysias, 30. 22.). Вид. H. Hansen, *Eisangelia The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Impeachment of Generals and Poli ticians*, Odnese University Press 1975, 117; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens II*, Oxford 1971, 56.

[78] С. Аврамовић, „Затвор у атинском праву и Исејево *katoikodomeín*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 3/1991, 10.

[79] Demosthenes, 47.43.

[80] R. Sealey, „Ephialtes, *Eisangelia*, and The Council“, *Classical Contributions: Studies in honour of Malcom Francis McGregor* (eds. G. S. Shrimpton, D. J. McCargar), Locust Valley, New York 1981, 126 127.

сало о постојању дела које је извршио оптужени и доносило „привремену пресуду“ (*katagnosis*), у којој се често налазила и препорука казне за оптуженог. Тако је суд у другој фази поступка *esangelia* могао да бира између казне која је напоменута у *katagnosis* и оне коју је предлагао бранилац.[81] Пријава за покретање поступка *esangelia* могла је да се поднесе и директно скупштини. Било да је пријава прво поднета булеутима или директно скупштини, у оба случаја буле су биле у обавези да саставе претходну одлуку (*probuleuma*) о спорној ствари.[82] Скупштина је на основу *probuleuma* гласала у првој фази поступка *esangelia*, а након тога је суд понекад доносио пресуду у другој фази.[83]

Често су Атињани били већници; на основу расположивих података оквирно једна трећина грађана старијих од 30 година (минимални број година за служење у већу) имала је ово искуство.[84] Висок проценат указује на то да су Атињани велики део свог времена проводили бавећи се важним пословима, који су били значајни за њихов полис.[85]

Мешавина већника из различитих географских области, утицала је на то да Веће добије на квалитету у виду знања и практичног искуства заједничког јавног деловања. Припремајући дневни ред еклезије и формулишући препоруке о решавању питања о којима ће се расправљати на састанку скупштине, буле је успевало да пружи отпор владавини елите. Искуство и знање које су стекли радом од годину дана у већу буле, Атињанима је отварало могућности да се добро покажу и у обављању других јавних функција. Војска, скупштина, народни суд и велики број магистратура имали су користи од искуства и контаката које су остварили бивши булеути.

Буле су вршиле контролу над осталим јавним службеницима-магистратима, али уколико је постојала потреба за њиховом осудом то је било у надлежности суда.[86] Магистрати су као и булеути са навршених 30 година долазили на функцију на основу избора коцком у деми и морали су да се подвргну поступку *dokimasia* (пред судом или Већем була), који је био превентивна контрола дотадашњег живота и

[81] Demosthenes, 24.63.

[82] Дешавало се да *probuleuma* Веће буде без расправе изгласана од стране скупштине. Пример за то је била *probuleuma* о суђењу и затварању Антифонта због учествовања у олигархијском преврату 411. године пре н.е. Pseudo Plutarch, *Lives of the Ten Orators,* 832b 834b.

[83] Од 114 познатих случајева *esangelia* само је 14 прослеђено суду, а отали су расправљани пред скупштином, H. Hansen (1975), 21 28.

[84] H. Hansen, (1986), 47.

[85] J. Ober, „Learning from Athens: democracy by design“, *Boston Review* 31/2006b, 13 17.

[86] Аристотел, *Устав атенски*, 45.2.

политичких уверења кандидата.[87] Пре ступања на дужност полагали су заклетву, а мандат је углавном трајао годину дана. Поједини магистрати су водили неку врсту претходног поступка (*anakrisis*), који се одвијао пре главног претреса; износили случајеве пред судије-поротнике и председавали судом.[88] Архонти су надгледали избор судија-поротника, а тесмотети су сазивали дикастерије.[89] Магистрати нису смели да пресуђују у споровима чија је вредност прелазила 10 драхми, нити да изричу казне (мале вредности) без претходног обраћања дикастеријама.[90]

2.3. Суд

Хелиеја (*heliaia*) је заслугом Солона[91] постала највиши судски орган–народни суд, који је могао да броји 6.000 изабраних судија-поротника. Била је подељена на судска већа–дикастерије (*dikasteria*) у чији састав су улазили коцком изабрани грађани старији од најмање 30 година са мандатом од годину дана.[92] Од средине V века пре н.е. судије-поротници примали су плату (*dikastikon*).[93] Већа од 201 и 401 члана судила су за мање спорове покренуте приватном тужбом (*dike*), а већа од 501, 1001, 1501 члана судила су у случајевима који су покренути јавном тужбом (*graphe*). Уколико су на дневном реду били спорови мање вредности, у дану који је био предвиђен за суђење, могло се формирати неколико већа и тада су се предмети распоређивали коцком. Међутим, када су се судски поступци покретали тужбом *graphe*, због важности спора и већег броја хелијаста, образовала се само једна дикастерија.[94] У два случаја поступак је могао да се води пред бројнијим дикастеријама: *graphe paranomon* и *esangelia*.[95]

---

[87] Једино су се стратези и поједини финансијски магистрати бирали у еклезији.

[88] J. H. Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren I III*, Leipzig 1905 1915, 54 56.

[89] Аристотел, *Устав атенски*, 63.1, 59.1.

[90] A. R. W. Harrison, (1971), 4.

[91] Lysias 10.16; Demosthenes, 24.105.

[92] Овакав избор хелијаста уведен је да би спречио корупцију, а први забележени случај подмићивања судија поротника десио се када се судило Аниту, богатом кожарском трговцу, око 409. године пре н.е. Аристотел, *Устав атенски*, 27.5.

[93] C. Hignett, *A History of the Athenian Constitution to the end of the Fifth Cen tury B.C.*, Oxford 1952, 342 343.

[94] Аристотел, *Устав атенски*, 67.3; Aechines 3.197.

[95] Андокид помиње цифру од 6.000 судија поротника који су присуствовали суђењу због подигнуте *graphe paranomon* (Andocides, 1.17), а Лисија говори о 2.000 судије поротника у поступку *eisangelia* против стратега из 404. године пре н.е (Ly

Тесмотети су најчешће (међу магистратима) председавали Већем, при чему је њихова улога била само административне природе.[96] У IV веку пре н.е. судије-поротници су на почетку године полагале заклетву: „судићу по атинским законима и одлукама, а ако оне не обухватају конкретан случај пресудићу по свом уверењу“.[97] Гласање је, за разлику од еклезије, било тајно помоћу два бронзана диска (*psephoi*) од којих се за победника диск спуштао у бронзану амфору, а преостали у дрвену амфору.

Судску функцију су могли обављати и магистрати, скупштина и Веће буле. У случају да грађанин није задовољан пресудом нижег суда или приватног арбитра (*diaitetai*) обраћао се жалбом (*ephesis*) хелиеји, што указује на то да је постојала вишестепеност суђења, а хелиеја је у тој хиреархији заузимала место највишег судског органа.[98] Међу нижестепеним судским органима значајно место имала су три суда, која су судила у случајевима убиства: Ареопаг (умишљајно убиство, паљевине и тровање), Паладијум–суд од 51 ефета (нехатно убиство, планирање убиства и убиство роба или метека) и Делфинијум (дозвољено убиство).[99] Поред њих, постојали су још, суд у близини Пиреја, који је са обале мора судио повратницима у чамцу (повратницима је било забрањено да крoче на тло Атике) и Пританеј, надлежан за убиство које је починио непознати извршилац, животиња или мртав предмет.[100] Суд једанаесторице (надлежан за затварање и извршење смтрне казне) и Суд четрдесеторице (надлежан за приватне тужбе чија вредност није прелазила 10 драхми) су као и претходно поменути нижестепени судски органи били колективна тела, чиме се обезбеђивала објективност суђења.

3. ДА ЛИ ЈЕ У АНТИЧКОЈ АТИНИ ПОСТОЈАЛА ПОДЕЛА ВЛЕСТИ?

Аргумент на основу кога се закључује да је у античкој Атини постојала подела власти је разлика између органа који су одлучивали (еклезија и хелиеја) и органа који су иницирали процес одлучивања

sias 13.35), вид. H. Hansen, „The Athenian Heliaia from Solon to Aristotle“, *Classica et mediaevalia* 33/1981 82, 19.

[96] У случајевима *graphe paranomon* и *eisangelia* увек су председавали тесмотети. Аристотел, *Устав атенски* 59.2, Demosthenes, 43.71.

[97] Demosthenes, 24.149 151.

[98] Поједини аутори *ephesis* преводе као „жалбу против одлуке магистрата“, P. J. Rhodes, 200; MacDowel, (1978), 30 33.

[99] Аристотел, *Устав атенски*, 57.3.

[100] D. MacDowel, *Athenian Homicide Law in the Age of Orators*, Manchester 1963, 87 89.

(магистрати и буле).[101] Разлика се може направити између еклезије и хелиеје: у еклезију су улазили грађани преко 20 година, а у хелиеју грађани преко 30 година; Атињани су одлазили на састанке еклезије без претходног полагања заклетве, а као судије-поротници су били у обавези да је положе пред свако суђење; у еклезији се гласало јавно, а у хелиеји тајно; плата за заседање еклезије била је драхма, а за суђење пола драхме; Атињани су у скупштини могли да гласају, говоре и дају предлоге, док је једини задатак дикастерија било гласање за једну од супротстављених страна у судском спору. Међутим, постојала је и испреплетеност законодавне и судске функције: од IV века пре н.е. законе су доносили номотети (изабрани из реда хелијаста), а до IV века пре н.е. еклезија је судила у случајевима *esangelia*. У оба тела седели су исти људи, а ако говоримо о модерном тумачењу поделе власти важно је нагласити да се у процесу одлучивања скупштина и судови не могу ставити у исту раван – скупштина доноси политичку одлуку, а суд контролише њену законитост. Буле су иницирале доношење закона, али су истовремено могле и самостално да одлучују *probuleuma*, а исту могућност имали су и магистрати, јер се против њихових одлука могла уложити *ephesis*. Оба органа су доносила пресуде у појединим споровима. Од IV века пре н.е. политичка улога хелиеје је порасла јер је вршила контролу над радом магистрата и еклезије. При том, ово не би требало да се схвати у модерном смислу кроз потребу да се политика одвоји од суда, него као специфичност атинског полисног уређења.

Такође, Хансен слабим аргументима покушава да објасни судску контролу законитости у Атини, на основу чега закључује да је постојала подела власти. По његовом виђењу, без обзира на то што су у скупштини и хелиеји седели исти људи, судије-поротници су током суђења о спорном закону боље могли да разумеју његове слабости, за разлику од скупштине где су често били заведени слаткоречивим говорима *rhetores*. У скупштини нису имали довољно времена да размисле пре гласања, зато што је закон о коме се гласа само једна од девет тачака дневног реда. С друге стране, у судском поступку као судије-поротници имали су више времена да саслушају аргументе тужиоца и браниоца, који су на основу правила поступка у једнаком периоду могли да се обраћају суду. Овакве гаранције није давала скупштинска процедура, због чега је *demos* у суду своју политичку вољу могао одговорније да искаже.[102]

Раније је поменуто да је употреба *graphe paranomon* била минимална гаранција судске контроле законитости. Чак и Хансен признаје

[101] M. H. Hansen (1981), 345 370; R. Sealey, (1987), 148 146.

[102] M. H. Hansen (1974), 49 54.

да *graphe paranomon* није успела да спречи незаконити предлог радикалних демократа да се без суђења погубе осморица војсковођа после победе у бици код Аргинуса.[103] Што се тиче *rhetor*-а, он је могао да се појави на суду као бранилац закона или као *sinegoros* (лице које помаже странку) на страни одбране и тиме настави свој слаткоречиви говор, који је започео у скупштини.[104] Међу атинским беседама има примера када је скупштина целодневно заседање посветила само једној тачки дневног реда, која се односила на незаконите предлоге.[105]

Атински демократски органи нису развили „институционални идентитет".[106] У већини органа мандат је био кратак, углавном не дужи од годину дана, а у случају еклезије само један дан. Многи нису били бирани, већ су на власт долазили коцком. Реизбор магистрата је био редак (изузетак су били стратези и поједини финансијски магистрати). Сви јавни службеници су били подложни контроли у поступцима *dokimasia* (превентивна контрола пред судом или Већем буле), *epicheirotonia* (перманентна контрола пред еклезијом) и *euthynai* (накнадна контрола, у првој фази вршила се пред 10 *logistai*, који су испитивали имовно стање, а у другој фази за приватне тужбе пред Судом четрдесеторице и за јавне тужбе пред тесмотетима).[107]

У атинској непосредној демократији учествовали су сви пуноправни Атињани, који су могли да буду у скупштини, управном Већу и великом народном суду. Потреба за поделом власти у модерном смислу није ни постојала зато што је сваки државни орган, који би могли да назовемо легислативом или егзекутивом, имао право да суди. Грађанину је обезбеђена заштита у случају да је незадовољан одлуком тела које је судило, јер му се гарантовало право на другостепено суђење по жалби пред хелиејом.

4. ЗАКЉУЧАК

Добро уређено друштво, пре свега, претпоставља креирање закона и обезбеђивање њиховог функционисања у пракси. У супротном на снази је нестабилан скуп прописа, који не могу представљати

[103] M. H. Hansen, (1974), 59 60.

[104] Андротион и Аристократ говоре на суду као браниоци својих предлога закона, Demosthenes, 22.35; 23.95, док Ктесифон препушта своју одбрану Демостену који се појављује као *sinegoros*, Aeschines 3.242.

[105] Вид. фн. 34.

[106] A. W. Gomme, „The working of the Athenian democracy", *History* 36/1951, 26.

[107] С. Аврамовић, (1998), 17 18.

базу за уређен систем, или у грчком контексту, за политеју (умерену владавину). Аристотел разликује државничку вештину, која се односи на законодавце и практичну мудрост (политику), која обухвата економију, законодавство и управљање државом.[108] Његова подела на легислативу (уколико је уопште тако можемо назвати) и праксу не може се изједначити са модерном поделом на легислативу и егзекутиву, зато што Грци нису континуирано и често доносили законе, што је својствено модерној легислативи. Рад законодавца, који је својим законима уредио правни систем, може се мењати повремено да би се на тај начин прилагодио новонасталим околностима, али то се не сме радити често, зато што честе промене воде подривању поштовања закона.[109] Када набраја три функције које добар законодавац мора да узме у обзир, Аристотел их назива саветодавном (*ekklesiazein*), оном која се односи на управне органе (*arkhein*) и судском (*dikazein*).[110] Чињеница је да се саветодавна функција може довести у везу с легислативом, коју је описао Монтескје, у смислу доношења одлуке о законима и вођењу спољне политике, међутим, она се у свом делокругу поклапа и са неким карактеристикама модерно уређених егзекутиве (надзор над спровођењем прогонства и конфискација имовине) и судства (изрицање санкција).[111]

Монтескјеова идеја о подели власти подразумевала је да различите власти треба да врше различите групе људи, али то није био случај у Атини. Како истиче Калхоун (*Calhoun*), водећа идеја Аристотеловог *Устава атинског* била је директно учествовање свих грађана у свим сферама функционисања полиса.[112] Додуше, Аристотел наводи у *Уставу атинском* да Веће не сме „глобу ударити, у окове свезати и убијати" без судске пресуде, али ово пре указује на постојање вишестепености суђења у античкој Атини, него на афирмацију доктрине о подели власти.[113] Аристотел истиче: „Да ли су дужности ратовања, правосуђа и саветовања подељене или припадају једним те истим људима, то за наше испитивање нема важности, јер често

[108] Аристотел, *Никомахова етика* VI 8 (превод Р. Шалабалић), Нови Сад 2003.

[109] Аристотел, *Политика* II 1269a13, V 1308a2; Платон, *Закони* VII 798c d (превод А. Вилхар), Београд 1990.

[110] Аристотел, *Политика* IV 1297б37 1298а3.

[111] *Ibid.* Вид. фн. 2.

[112] G. M. Calhoun, *Introduction to Greek Legal Science*, Oxford 1944, 32 33. Исту мисао можемо да препознамо и у Политици: „Демократија се састоји у следећем: сви грађани могу да буду бирани за све функције у власти; сви имају власт над сваким појединцем и сваки појединац, наизменично над свима", Аристотел, *Политика* VI 1317б.

[113] Аристотел, *Устав атенски* 45.

су једни исти људи и ратници и земљорадници“.[114] Антички теоретичари залагали су се да се направи баланс између представника различитих слојева друштва, сваки пуноправни Атињанин је без обзира на порекло могао учествује у законодавној, управној (извршној) и судској функцији.

Модерне разлике између државе и друштва нису представљале део политичке филозофије атинског града-државе. Атињани су могли на прави начин да се остваре и живе часно, као грађани, само у полису. У тој заједници грађанин је имао права и обавезе да активно учествује у јавном животу. Непосредна демократија у Атини подразумевала је подређеност приватног живота јавним пословима и заједничком добру. Сви грађани су се састајали да би расправљали, одлучивали и судили. Због тих специфичности атинског политичког система, подела власти, како је схватао Монтескје, није постојала у античкој Атини.

Sanja Gligić

Teaching Assistant
University of Belgrade Faculty of Law

THE SEPARATION OF POWERS IN ANCIENT ATHENS

Summary

In Western political theory, ever since Montesquieu formulated his theory of the tripartite separation of powers in the eighteenth century, there has always been a strong sense that the legislature, the executive and the judiciary ought to be independent bodies. There have even been attempts to read this doctrine back into ancient Athens, relying most heavily on Aristotle’s distinction between *ekklesiazein* (being an assembly-member), *arkhein* (being a public official) and *dikazein* (sitting as a judge). The main objective of this article is to examine that ancient political theorists had no reason to regard Montesquieu’s theories as normative. Moreover, Aristotle’s purpose in this passage lies in classifying the functions that go to make up a full citizen, and nowhere does he suggest that these powers ought to be exercise by different people.

[114] Слична мисао је: „Могуће је да исти људи располажу различитим способностима, на пример да буду ратници, земљорадници и занатлије, односно саветници и судије“, Аристотел, *Политика* 1291а б.

The author tries to present interpretation about development of the political institution that becomes the central features of the fully developed democracy of the ancient Athens. This finding shows that in Athenian *demokratia* of the fifth century B.C., both in constitutional theory and in everyday political praxis the *demos* (people) exercised the *kratos* (sovereign power) in all three spheres of legislation, executive action and jurisdiction.

Key words: *The separation of powers. – Graphe paranomon. – Democracy. – The political institutions. – Aristotle.*

Борис Беговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
begovic@ius.bg.ac.rs

Владимир Павић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
pavic@ius.bg.ac.rs

ЈАСНА И НЕПОСРЕДНА ОПАСНОСТ II: ЧАС АНАТОМИЈЕ

У претходном броју овог часописа објављен је текст „Прети ли јасна и непосредна опасност од новог закона о заштити конкуренције" ауторке Дијане Марковић-Бајаловић (у даљем тексту ауторка),[1] који представља полемички осврт на наш рад објављен у истом часопису крајем 2009. године.[2] Полемика и размена аргумената је нешто што недостаје нашем академском животу – често се пише тек да се нешто напише, без поклањања пажње оном што су други написали, па нас је стога обрадовало сазнање да има оних који, ипак, читају наше текстове и осећају потребу да на њих реагује.[3] Сматрамо, штавише, да полемика не треба да представља само непосредан одговор на примедбе друге стране, већ треба да осветли и контекст у коме су те примедбе настале. Како то постићи?

Решење смо, надамо се ипак ваљано, пронашли у томе да овај наш текст претворимо у својеврстан час анатомије не само полемич-

[1] Д. Марковић Бајаловић, „Прети ли јасна и непосредна опасност од новог Закона о заштити конкуренције", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 304 324.

[2] Д. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 70 88.

[3] Да не би било забуне, употреба првог лица множине у овом тексту односи се искључиво на његове ауторе.

ког текста ауторке, него и прилично распрострањене парадигме у домаћем праву конкуренције која се из и иза овог текста назире. Па да почнемо овај тегобни посао завршном реченицом Кишовог предговора *Часу анатомије*: „..свет не почиње од данас и ми знамо, видимо, да ово није први час анатомије под капом небеском, али још се могу сазнати нове ствари, посматрањем, сецирањем и вивисекцијом, праксисом и сумом искустава која су нам доступна“. Није нам намера да се поредимо са (Рембрантовим) доктором Тулпом или са Данилом Кишом, далеко било, већ да покушамо да унесемо мало животног смисла тамо где га, како нам се чини, уопште нема.

1. О АКАДЕМСКОЈ РАСПРАВИ

Прихватамо основно начело академске расправе да „све што се објави може да буде јавно критиковано“ и у том смислу срдачно поздрављамо ауторкину идеју да критикује наш текст. Но, академска расправа подразумева неке норме, односно стандарде. Не расправља се са људима (још мање о људима), него о ставовима изнетим у одређеном академском прилогу. Расправља се аргументима у прилог или против неке тезе, а све с циљем преиспитивања те тезе – расправља се да би се боље разумела стварност. Уместо тога, ауторка свој текст започиње са: „Није добро када припадници академске заједнице поставе себи као искључиви задатак да новодонети пропис критикују, не покушавши, при том, да критици дају макар привидан ореол научне заснованости и сагледавања друге стране медаље. Управо тако је учињено у чланку аутора Б. Беговића и В. Павића..., чиме се изашло из оквира струке и науке и прешло на терен критичког ‘ларпурлартизма’“.[4]

Прво, имајући у виду наведена начела академске расправе, апсолутно је ирелевантно због чега је неко написао неки научни рад. Његов мотив је можда унапређење општег добра, можда истинољубива сумња у објашњење стварности, а можда и похлепа, мржња према колегама („припадницима академске заједнице“, како их ословљава ауторка), или какав други мотив. Битно је једино оно шта је написано – а то због чега је написано је ирелевантно. Можда је Милтон Фридман све своје радове написао због сопствене мржње према сваком ко мисли другачије од њега, али то није битно – једино је битан квалитет аргумената којим је поткрепио своје налазе. Чак и ако се ирелевантност цитираног ауторкиног налаза остави по страни, тешко је спознати на којим је он чињеницама утемељен. Којим методом је ауторка спозна-

4 *Ibid.*, 304.

ла „искључиви задатак" који смо нас двојица поставили сами себи? Ми о томе нисмо причали ни са ближњима, а камоли са њом. А и да смо, претпоставимо, причали, да ли би смела да нам верује? У погледу намере аутора постоји, речником економске теорије, велика асиметрија информација и не постоји начин да се она превазиђе.

Ауторка налази за потребно да сама себи постави и следеће питање: „Читаоци ће се можда запитати шта је аутора овог чланка подстакло да реагује. Комисија за заштиту конкуренције није имала пресудан утицај на садржину новог Закона...".[5] Нико од озбиљних читалаца академских текстова се не пита зашто је неко нешто написао – они читају шта је написано. То што ауторка мисли да је занимљиво пита се чаршија, у овом случају правноконкурентска чаршија, која се једино бави тиме ко има „пресудан утицај" на законска решења, ко је у милости, а ко у немилости, ко је са ким добар, а ко кога не подноси, ко ће бити стари, а ко ће бити нови. Исто као и она књижевна чаршија, од пре преко тридесет година, описана у *Часу анатомије*, којој није било битно каква је књига *Гробница за Бориса Давидовича*, већ јој је било битно – све остало.

Употреба речи „ларпурлатизам" је потпуно непримерена, не само због тога што је позајмљена из теорије естетике, него и због тога што сугерише кардељевско поимање науке, које се може сагледати из прве реченице ауторкиног текста: „Један од задатака правне науке јесте анализа позитивних законских прописа ради њихове објективне, стручно утемељене оцене, указивања законодавцу на евентуалне недостатке и пропусте, као и тумачења нејасних и непотпуних правних норми, како би се олакшала њихова примена у пракси". Не бисмо делили задатке, једино што бисмо могли да приметимо јесте да се наш чланак бавио управо анализом „позитивних законских прописа", подстицаја које ти прописи стварају понашању људи и ефектима тог понашања на друштвено благостање у најширем смислу речи. Дакле, наша анализа није била сама себи сврха.

Коначно, није јасно да ли ауторка полемише са ставовима које смо ми изнели у чланку или са ставовима које се могу наћи у публикацији објављеној почетком 2003. године коју је потписало осам аутора, међу којима смо и нас двојица (у даљем тексту *Предлог осморице*),[6] и која је представљала консултантски извештај Влади Србије на послу измене антимонополског законодавства у то време.

---

[5] У време писања полемичког текста ауторка је била председница Комисије за заштиту конкуренције.

[6] Б. Беговић *et al.*, *Нова антимонополска политика: предлог решења*, Цен тар за либерално демократске студије, Београд, 2003.

2. О РЕАЛНОСТИ И (ЕВРОПСКОМ) СВЕТУ ОКО НАС

Ауторка критикује наше ставове о томе да је проблем са новим Законом у томе што је, практично, преписан текст одговарајући бриселских прописа, покушавајући да докаже да уопште није било другог избора. Прво се позабавила нашим ставом да је чланство Србије у Европској унији крајње неизвесно. Уз нејасну алузију о томе због чега смо ми то написали (опет опсесија мотивом), ауторка каже да то није тачно, будући да: (1) Србија има статус „потенцијалног кандидата" за чланство још од 2003. године; (2) да је ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању (надаље: ССП); (3) да је прелазни трговински споразум ступио на снагу. Претпостављамо да је то доказ да је све у најбољем реду и да можемо да очекујемо чланство коју годину после Хрватске. Додуше, још увек нисмо добили статус кандидата; уколико испунимо читав низ услова *можда* ће Србија до краја 2011. године добити тај статус, а онда нас тек чега озбиљнији део посла, који везан, између осталог, за тешка политичка питања. Турска је приступила Царинској унији још 1995. године, а постала земља кандидат 1999. године, започела је преговоре о поглављима 2005. године, урадила је све оно што нас још чека, а њено чланство у ЕУ је још увек крајње неизвесно. Имајући у виду да између Србије и већине чланица ЕУ постоје озбиљне несугласице око статуса Косова, рационалним посматрачима стварности се чини да је будућност нашег чланства у ЕУ и даље прилично неизвесна. Уколико неко жели стварност да замени политичким паролама, може и тако, али томе једноставно није место у академској расправи.

Ауторка полемише са ставовима које ми никада нисмо изрекли. Тако, као полазну тачку својих опсервација на тему ефекта права ЕУ на територији Србије, она узима нашу тобожњу тврдњу да је хармонизација са европским прописима непожељна и набраја наводне разлоге које смо истакли против такве хармонизације.[7] Истина је сасвим супротна од тога – ми смо констатовали да је хармонизација нашег законодавства са европским „пожељан и разуман циљ",[8] а примедбе које имамо изнели смо на начин на који се та хармонизација спроводи, понајвише на пуко преписивање којем се прибегава.

Надаље, ауторка тврди да у нашем тексту превиђамо да је пут законске реформе нашег законодавства у области права конкуренције

[7] Д. Марковић Бајаловић, 306.

[8] Б. Беговић, В. Павић, 71. Узгред, ауторка полемише са ставовима из Пред лога осморице као „антиевропским" и као доказ том свом ставу наводи текст из тог Предлога који се 2003. године залаже за „развој домаће антимонополске политике која је у ширем смислу компатибилна са начелима антимонополске политике ЕУ". Уколико то није залагање за хармонизацију, тешко да би било шта друго могло да буде.

заправо могао бити само један: онај који се апсолутно подудара са законским решењима на нивоу Уније. У прилог томе, она се позива на чл. 73 ССП[9] и на чл. 38 Прелазног трговинског споразума. Према ауторки, „наведеним одредбама Србија је преузела међународну обавезу да примењује правила конкуренције како (*sic*!) су формулисана у чл. 81 и 82 Уговора о ЕЗ и да их тумачи у складу са актима које су донели Савет, Комисија и Суд правде" и да то чини увек када се ради о понашањима која утичу на трговину између Србије и Уније.[10] Стога, закључује ауторка, било би нерационално имати два сета прописа: један који се разликује од европских правила (а који би се примењивао на радње које не утичу на трговину између Србије и Уније) и други, који би био слика и прилика европске регулативе (и био примењиван на понашања која имају ефекат на трговину између ЕУ и Србије). Према мишљењу ауторке, једнако следи и из обавеза које је наша држава преузела ратификацијом *CEFTA* споразума, а у погледу трговине између Србије и земаља *CEFTA*. Стога, закључује ауторка, Србији су везане руке и најрационалније је да се примењују европски прописи онакви какви јесу.

Није спорно да је ратификацијом ССП Србија преузела обавезу да своје законодавство у области конкуренције постепено усклади са европским.[11] Објашњење зашто је став ауторке у погледу импликација члана 73 ССП погрешан почећемо цитирањем његовог текста:

Конкуренција и остале економске одредбе

1. Следеће није у складу са правилним функционисањем Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије:

(i) Споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или учинак спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције;

(ii) злоупотреба доминантног положаја од стране јед ног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу;

(iii) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним пре дузећима или одређеним производима.

[9] Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 83/08.

[10] У складу са променама које је донео Лисабонски споразум, све референ це на „ЕЗ" и „Заједницу" у овом тексту, осим оних које су садржане у цитатима, замењујемо референцама на „ЕУ" и „Унију".

[11] Члан 72 ССП у вези са чл. 8.

2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.

[...]

10. Ако једна од уговорних страна сматра да је одређено поступање неспојиво с условима из става 1 овог члана, она може предузети одговарајуће мере након консултација у окви ру Савета за стабилизацију и придруживање или 30 радних дана након што се обратила ради таквих консултација.[...]

Ауторка тврди да ова одредба практично везује руке Србији да има законодавство које није подударно са правом Уније, јер би то значило примену два различита система, уз изузетно тежак задатак да се детектује када неко понашање има димензију која нарушава објекат заштите ССП, а то је трговина између ЕУ и Србије.

Међутим, ССП нигде не прописује да Србија *мора* да примењује европско законодавство *telle-quelle* на таква чињења. Члан 73 не каже да ће се забрањена поступања процењивати *применом законодавства* Уније, већ да ће се процењивати „на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86 и 87 Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице". Дакле, на основу „критеријума који проистичу из примене" законодавства ЕУ, а не на основу прописа који су на снази у Унији. Право ЕУ стога може послужити као инспирација за тумачење српских прописа о заштити конкуренције, а српска су правила још од Закона из 2005. године базирана на европској „шеми". Овакав ефекат није споран.[12]

Спорно би, међутим, било учитавати у чл. 73 више од тога. Члан 73 не представља основ за директну примену европског законодавства на територији републике Србије. Тако нешто не само што не би

[12] Овакав је став заузео Уставни суд Пољске у одлуци бр. 19/1997, 5 *East European Case Reporter of Constitutional Law* 271, 284 (1998). Сличну позицију заузео је и чешки Уставни суд у случају Шкода: *Re Skoda Auto*, *Sbírka nálezů a usnesení*, Vol. 8, p. 149, citirano prema Z. Kühn, *The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions*, 28 German Law Journal 556, 567. Сличну дистинкцију недавно је начинио и Уставни суд Хрватске у одлуци U III 1410/2007 od 13. 2. 2008. године: „ (...)хрватска тијела која се баве заштитом тржишног натјецања, овлаштена су и обвезатна примјењивати критерије који произлазе из примјене правила о тржишном натјецању Еуропских заједница и из инструмената за тумачење које су усвојиле институције Еуропских заједница. На тај начин ССП и Привремени споразум обвезују хрватска тијела за заштиту тржишног натјецања да рјешавајући одређене случајеве, примјењују не само хрватско право тржишног натјецања, него и да воде рачуна о одговарајућем праву Еуропских заједница." Хрватско се право, дакле, *примењује*, док се европско узима у обзир, тј о њему се „*води рачуна*".

било у складу са јединством правног поретка које Устав прокламује,[13] већ и у пракси (с обзиром на то да постоје језичке и друге баријере) не би било могуће. Пренос дела суверених овлашћења на ЕУ биће омогућен ако и када у Устав буде унета одговарајућа одредба о томе, као што је то учињено у другим источноевропским државама.[14]

Истине ради, постоје и ситуације у којима ће чл. 73 послужити за доследну примену европских прописа, дословце онаквих какви су на снази у Унији. То ће бити онда када Европска комисија процени да треба да искористи овлашћења која јој чл. 73 пружа. Нормално се њена јурисдикција простире на чињења, односно нечињења, која имају или могу имати ефекат на трговину између држава чланица ЕУ. Чланом 73 и сличним члановима споразума о придруживању који су закључени са другим државама ствара се основ да се та надлежност прошири и учини неспорном у неком будућем поступку.

Коначно, ауторка као нарочито тегобни нусефекат наших тобожњих препорука (и „неминовног" резултујућег двоструког законског режима) истиче и то да би се, у циљу правилне примене прописа, сваки пут морало детектовати има ли неки случај ефекта на трговину између Уније и Србије. Став 10 чл. 73 показује да је предуслов за било какву акцију против оних који крше чл. 73 управо детекција посебности таквог случаја и спровођење (односно иницијација) консултација. Став 10 такође показује и да је надзор српских органа (и органа ЕУ) над поштовањем чл. 73 њихово право, а не обавеза: ако „сматра" да има повреде „може" предузети мере након одређеног поступка.

Утисак нам је да ауторка има проблема са разумевањем онога што смо написали и онога што пише у чл. 73 ССП, стога што компатибилност са европским законодавством изједначава са копирањем његовог садржаја, а било какву варијацију на тему са „супротношћу". Ако бисмо били цепидлаке, приметили бисмо да је управо редакција чл. 73 ССП (којом је енглески израз *undertaking* преведен као „предузеће") у великом несагласју са правним тековинама Уније.

Срећом, чак и српски законодавац, тако предано посвећен својој омиљеној „ресавској" техници, понекад омане и у нашем закону одступи од најновије европске „моде". Тај поступак није завредео ауторкину критику, а ми користимо прилику да га похвалимо као нешто

[13] Члан 4(1) Устава Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/06. Тако је, на пример, Уставни суд Мађарске огласио неуставним ст. 1 и 2 чл. 62 Споразума о Европи, јер су се могли тумачити тако да омогућавају директну примену европског законодавства на мађарској територији без претходне имплементације у мађарски правни систем, Одлука 30/1998 (VI. 25.) AB, доступно на *http://mkab.hu/admin/data/file/687 30 1998.pdf.*

[14] За више о овоме, вид. В. Беширевић, „Constitutional Aspects of Serbia's Accession into the EU", *Serbia and European Union* (прир. В. Димитријевић, М. Антевски), Институт за међународну политику и привреду, Београд 2010, 35 53.

у чему је (надамо се) у обзир узета потреба правне и пословне сигурности: на нивоу Заједнице не постоји више могућност појединачног изузећа (*negative clearance*) која је постојала за чл. 81(3), који је сада чл. 101(3), док је наш Закон ипак предвиђа.[15]

3. О СВЕМУ И СВАЧЕМУ

Ауторка тврди „да није јасно због чега је аутори сматрају да законодавац занемарио динамички аспект конкуренције".[16] У прилог тој тези наводи: а) да конкуренција може да се посматра као статичка и као динамичка категорија; б) да се постојећи Закон не разликује много од Предлога осморице.

Прво, ауторка тврди да је неспорно да се конкуренција на тржишту може посматрати као статичка и као динамичка категорија. И управо се у томе виде елементарно неразумевање феномена конкуренције. Конкуренција је неминовно динамичка категорија, будући да представља надметање и да је за понашање учесника на тржишту једино релевантан притисак који то надметање ствара, односно подстицаји за прилагођавање сваком учеснику. То је несумњиво јасно објашњено у нашем тексту.

Статички и динамички може да се посматра не конкуренција, него *равнотежа* која се успоставља на тржишту, а очигледно је да ауторка чини фундаменталну грешку поистовећујући *конкуренцију* на тржишту и *равнотежу* на том тржишту. Равнотежа на тржишту може да се успостави без конкуренције. Типичан случају тога је постојање монопола који је последица правних баријера уласку: нема конкуренције, али има равнотеже.

Признајемо, међутим, да је израз који смо у нашем тексту употребили „динамичко надметање" плеоназам. Статичко надметање јесте *contradictio in adjecto*. Наш покушај је био да и онима којима није блиско економско резоновање укажемо на суштину феномена конкуренције – да је она неминовно динамички феномен. Реакција ауторке показује да, нажалост, у овоме објашњењу нисмо успели. Сва одговорност за овај неуспех је на нама.

А када се, позивајући се на Демсеца, ауторка говори о конкуренцији, она у ствари говори о нечему сасвим другом – чини нам се о разлици између алокативне и производне, односно динамичке ефикасности.[17] Довољна понуда је, на пример, свакако атрибут ало-

[15] Члан 12 Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

[16] Д. Марковић Бајаловић, *op. cit.*, 309.

[17] Узгред, изгледа да постоји проблем са позивањем на Демсеца. Иако нисмо успели да дођемо до рада на који се ауторка позива (H. Demsetz, *One hundered Years*

кативне ефикасности коју обезбеђује конкуренција и нема никакве везе са „конкуренцијом посматраном као статичком категоријом".

Друго, ауторка покушава да објасни да нисмо у праву што критикујемо Закон, будући да смо се и ми, као двојица од осморице, пре осам година, залагали за то исто што сада постоји у Закону. „Једина разлика између Законом дефинисаних критеријума и критеријума који су предлагали ови аутори 2003. године јесте у томе што је Законом дозвољена могућност да и учесник на тржишту са уделом испод 40% има доминантан положај". Ауторка не износи истину, јер између *Предлога осморице* и Закона постоје још неке разлике:

(1) Према *Предлогу осморице*, ни под којим условима учесник на тржишту не може да има доминантан положај на тржишту уколико је његово учешће на тржишту мање од 40%. Према Закону може.

(2) Према *Предлогу осморице*, уколико учесник на тржишту има учешће на тржишту веће од 40%, он може да има доминантан положај на тржишту само уколико су испуњени додатни услови: Закон претпоставља да учесник на тржишту има доминантан положај на тржишту уколико учешће на тржишту мање од 40%.

(3) Према *Предлогу осморице*, уколико учесник на тржишту има учешће на тржишту веће од 40%, надлежно тело треба да докаже да тај учесник има доминантан положај на тржишту. Према Закону, тај учесник на тржишту треба да докаже да нема доминантан положај на тржишту

(4) *Предлог осморице* не познаје категорију колективне доминације, док Закон претпоставља постојање такве доминације уколико два или више учесника на тржишту имају укупни удео на тржишту већи од 50%.

(5) *Предлог осморице* не допушта да концентрације буду забрањене уколико не стварају или не јачају доминантан положај на тржишту (који је већ рестриктивно дефинисан), док Закон допушта такву могућност.

(6) *Предлог осморице* не допушта да вертикални споразуми учесника на тржишту буду проглашени за рестриктивне (уз одређени

of Antitrust: Should we Celebrate, George Mason School of Law, Virginia 1991), дошли смо до рада за који је оправдано претпоставити да је финална верзија радног до кумента на који се ауторка позива (H. Demsetz, „How many cheers for antitrust's 100 years", *Economic Inquiry*, Vol. 30, 2/1992). У том Демсецовом раду нема никакве речи о томе да се конкуренција може посматрати као статичка и као динамичка категорија, нити наводни садржај ефеката једног односно другог аспекта конкуренције која ауторка наводи са позивањем на Демсеца. Наиме, Демсец у уводном делу свог чланка једноставно разматра различите, како он сам наводи, димензије, односно форме конкуренције. Све те димензије, односно форме засноване су на поимању конкуренције као динамичке категорије.

број јасно спецификованих изузетака) уколико нити један од учесника нема доминантан положај, док Закон допушта такву могућност.[18]

Дакле, потпуно је очигледно да постоје далеко веће разлике између *Предлога осморице* и Закона, што значи да је ауторка, или намерно нетачно пренела, или ненамерно лоше разумела наводе из *Предлога осморице*. Шта год да је разлог, искривљено представљање садржаја *Предлога* није ни могло да представља било какав „доказ" у расправи. Чак и да не постоји битна разлика између *Предлога осморице* и Закона (а видели смо да постоји), то није аргумент у прилог тезе да није јасно због чега аутори приказа критикују Закона са становишта поимања конкуренције.

Занимљива је и фуснота 23 у којој се наводи да *Предлог осморице* доводи до апсурдне ситуације у којој неко ко има 39,9% тржишног удела никада не би могао да буде проглашен за неког ко има доминантан положај и тиме потенцијално кажњен за њену злоупотребу.[19] Заиста је апсурдна ситуација да неко ужива правну сигурност и да може слободно да бира своје пословне стратегије, без страха да ће за њих да буде кажњен! Основа конкуренције је економска слобода, односно слобода избора сваког учесника на тржишту. То што је неко сигуран да не постоји законска основа да може бити оптужен за злоупотребе доминантног положаја за неко своје понашање, што има слободу избора пословне стратегије, што има слободу избора стратегије којом се појачава конкурентски притисак, ауторка назива апсурдном ситуацијом. Толико о апсурду.

4. ДА ЛИ ЈЕ ЈЕДНА КЊИГА ДОСТА?

Ауторка сматра да аутори приказа Закона износе „неутемељену тезу: да се у пракси, како европској тако и нашој дешава да надлежно тело обично полази од претпоставке да постоји злоупотреба, па онда одреди постојање доминантног положаја, а то се најчешће ради манипулацијом у погледу дефинисања релевантног тржишта."[20] Па наставља: „С обзиром да је наведена тврдња изречена без икакве аргументације, осим позивања на једну књигу о европској политици конкуренције, нема потребе оповргавати је".

Узгред, та „само једна књига" на коју се позивамо је прилично позната и у употреби распрострањен уџбеник политике (заштите) конкуренције у ЕУ. Чисто да установимо чињенице; не ради се о некој

[18] Б. Беговић *et al.*, *passim.*

[19] Д. Марковић Бајаловић, 310.

[20] *Ibid.*, 311.

опскурној књизи, опскурног издавача.[21] Е сада, једно веома битно питање: на колико је књига потребно да се позовемо да би наша теза завредела макар и оповргавање? Уколико једна није довољна, колико је онда књига потребно: две, пет, седам или, можда 40%? Чудан је овакав манир академске расправе у којој се броје књиге, а не шта је у њима написано и како је то образложено.

А оно што је у литератури образложено заснива се на опасним подстицајима који постоје у европском, односно бриселском правном решењу које наш Закон прихвата. Ти подстицаји произлазе из решења према коме исто тело започиње истрагу и доноси решење – злонамерни би упутили на изреку „Кадија те тужи, кадија ти суди!“. Па је онда потпуно јасно да запослени у том телу имају сваки подстицај да започињу истрагу која ће се завршити тиме што ће се установити да предмет истраге уопште и нема доминантан положај.

Не знамо да ли постоји један једини рад о сличном понашању домаћег тела. Нашу сумњу да се ствари одвијају управо на тај начин оснажила је ауторка на јавној расправи о нацрту Закона, када је пред пар стотина сведока изјавила „да је интерес странке пред Комисијом да покаже да је релевантно тржиште што веће, док је интерес Комисије да покаже да је релевантно тржиште што уже.“[22] Да ли је потребна још нека књига?

Дакле, ауторка греши када каже да је овај став ослоњен на „Чикашку школу економије“. На страну што то није тачно, не можемо да видимо како је било који став о томе како функционишу европска тела за заштити конкуренције може да буде условљен налазима једне школе економске теорије, независно од тога колико се са тим налазима слажемо. Но, ауторка наставља са својим слободним размишљањима на тему Чикага, па указује на „чињеницу да Чикашка школа нема више ни у САД пресудан утицај на антимонополску политику“, позивајући се на наводне речи Роберта Питовског. Проблем је, међутим, у томе што Питовски то није написао, бар не у делу које ауторка цитира. Напротив, то дело је уводник у зборнику радова у коме се указује да Чикашка школа, нажалост, како сматрају Питовски и његови истомишљеници у том зборнику, у потпуности доминира размишљањима судија у апелационом и Врховном суду САД, па овим зборником то покушавају да промене – да нестане тај пресудан утицај који они констатују. Ауторка опет нетачно представља садржај туђих текстова.

---

21 M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, McMillan, London 1998.

22 Цитирано према белешкама једног од аутора. Расправа је одржана 8. де цембра 2008. године у *Сава центру* у Београду. Ово је ауторка изјавила као Пред седница Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

Коначно, ауторка се осврће на нашу критику подзаконских аката, односно решења да је из Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта избачен тест претпостављеног монополисте: „Пренебрегава се (можда намерно) чињеница да проблем одређивања релевантног тржишта постоји само када роба која је у питању има близак супститут са становишта њених купаца... Отуда није неопходно да се у сваком конкретном случају примењују економски тестови који ће дати одговор на ова питања?“[23]

Проблем је, међутим, у томе што се не пренебрегава никаква чињеница, већ ауторка има проблема не само са познавањем права конкуренције, већ и са разумевањем садржаја самог Закона који тако жестоко брани. Наиме, Закон указује на то да релевантно тржиште чине (1) релевантно тржиште производа и (2) релевантно географско тржиште, што значи да – чак и да нема спора око тога да ли постоји довољно блиски супститут или не – остаје да се одреди географско тржиште. Уколико се, академске расправе ради, претпостави да неки производ нема супститут, тест хипотетичког монополисте служи за одређивање релевантног географског тржишта, јер се без тог тржишта, а према Закону који ауторка брани, не може одредити релевантно тржиште. Ауторка, међутим, такав захтев, који је потпуно у складу са Законом, назива „супротстављањем здравом разуму“.

Наводне аргументе против примене овог теста ауторка наводи цитирајући свој рад.[24] Примера ради, ауторка тврди да је тест претпостављеног монополисте неадекватан за одређивање релевантног тржишта у случају злоупотребе доминантног положаја и као доказ овој погрешној тези се наводи заблуда у случају целофана из кога се види да ауторка не схвата садржај наведене заблуде. Наиме, ауторка тврди да је случај целофанске заблуде, везан за погрешан закључак Врховног суда САД „да се целофан налази у конкуренцији (*sic*!) са другим савитљивим материјалима за паковање јер је произвођач Ду Понт већ искористила своју монополску моћ и толико подигла цене целофана да га је вештачки довела у конкуренцију са другим материјалима за паковање“. Када би доследно применили ово што је написано, произлази да повећање цене једног производа доводи до повећања конкурентности одређеног производа, додуше вештачког, како наводи ауторка (претпостављамо за разлику од природног, које је сасвим другачије). Овакав апсурд је само доказ да наведено тумачење целофанске заблуде не само да није тачно, него показује

[23] Д. Марковић Бајаловић, 314.

[24] Д. Марковић Бајаловић, „Одређивање релевантног тржишта: где завршава право, где почиње економија?“, *Либерализам и заштита конкуренције*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац 2010. Тај списак овако гласи: „недостатак статистичких податак за примену економских модела који су основа теста, неадекватност теста за одређивање доминантног положаја, (не)објективност економских анализа које стране у поступку подносе да би поткрепиле своје тврдње“.

неразумевање суштине теста претпостављеног монополисте. Њиме се не показује да ли постоји конкуренција, односно монопол или не, већ да ли је неко тржиште релевантно, што би значило да би на њему хипотетички монополиста могао да се монополски понаша и да исказује тржишну моћ. Проблем са целофаном лежи у томе што је почетна цена при тој анализи већ у себи садржала тржишну моћ, па је анализа малог, али одрживог повећања цене, дала погрешан резултат о томе да је тржиште целофана релевантно тржиште производа само за себе или не. Целофанска заблуда је заблуда везана за примену овог теста, односно за некоректан резултат који је произашао из некоректног улаза (цене на конкурентном тржишту) и никако не може да послужи за дисквалификацију самог теста, насупрот ономе што тврди ауторка.

Надаље, ауторка тврди да је „апсурдно да се од Комисије тражи да у сваком поступку мора да примени тест претпостављеног монополисте“. Стриктно прописивање процедуре, односно обавезе примене свих унапред познатих тестова је основа за успостављање одговорне администрације и њеног предвидљивог понашања, односно умањења регулаторног ризика, а не апсурд. Штавише, такве процедуре су основа за дисциплиновање државних службеника и државних служби, оних служби које уживају монопол, а како је још тридесетих година прошлог века навео Џон Хикс (*John Hicks*), „Најслађи од свих монополских профита је миран живот!“.

Но, занимљиво је питање како би званичници тела за заштиту конкуренције да одређују релевантно тржиште, без обавезе примене теста претпостављеног монополисте. Ево шта предлаже ауторка: „У неким случајевима релевантно тржиште је сасвим очигледно, као на пример, у случају постојања законских монопола, или у случају када роба у питању уопште нема супститут“. Прво, постојање законског монопола нема никакве везе са релевантним тржиштем производа. То што, на пример, постоји законски монопол железнице, не значи да је релевантно тржиште (производа) ограничено на железницу, будући да постоје бројни супститути. Релевантно тржиште је тржиште превоза, на пример, путника и у њему учествују железнички, аутобуски, можда и минибуски, а можда и авионски саобраћај, као и различите врсте превоза за сопствене потребе. Све зависи од коефицијента унакрсне еластичности тражње. Друго, а како се то одређује да неки производ нема супститут? Па управо тестом претпостављаног монополисте. Уколико се тај тест не спроведе, преостају методи слободне процене, под различитим радним називима: „одокативни“, „из авиона се види“, итд.[25] Можда се један од таквих метода, користећи скло-

[25] Нажалост, арбитрарно одређивање релевантног тржишта и „заобилажење“ озбиљне економске анализе (укључујући и тест претпостављеног монополисте) примећено је и у пракси тела за заштиту конкуренције у окружењу. За критику прак

ност ауторке ка уметничким метафорама, може назвати и „импресионистички“.

Но, одбрана напуштања теста претпостављаног монополисте само је параван за широки напад ауторке на примену економских метода у праву конкуренције, у овом случају у одређивању релевантног тржишта. Па се тврди да „(...) проблем није у мањкавости прописа, већ у недостатку егзактних економских метода за правилно одређивање релевантног тржишта“.[26] Овај став се брани тврдњама да „недостају статистички подаци за примену економских модела који су основа теста“ и да су необјективне „економске анализе које стране у поступку подносе да би поткрепиле своје тврдње“. Одлично, па то је управо прилика за непристрасно тело за заштиту конкуренције да сачини своје објективне економске анализе којима ће се доћи до истине! А недостатак података се лечи веома једноставно – њиховим прикупљањем. Међутим, уместо да тело надлежно за заштиту конкуренције ради свој посао, далеко је лакше из прописа избацити обавезу да се тај посао ради. Упоредити: „Најслађи од свих монополских профита је миран живот!“.

5. ПРОКЛЕТА ЈЕ АМЕРИКА...

У нападу на нашу критику решења о контроли концентрација ауторка се опредељује на бесомучно цитирање америчке литературе, оне која се односи на контролу концентрација у тој земљи, као и документе америчких тела за заштиту конкуренције. Поприлична недоследност за неког ко тврди да нама нема друге него да марљиво преписујемо све оно што се произведе у „бриселској фабрици закона“!

Но, то и није толико битно – тражити доследност у тексту ауторке вероватно је расипање ресурса. Битније је нешто друго. Налази (како позитивни, вредносно неутрални, тако и нормативни) о контроли концентрација у САД у потпуности су ирелевантни за Србију. Тешко да постоје две привреде које се више разликују. Србија има привреду која од прве половине прошлог века није била тржишна и којој је потребно изразито реструктурирање. Америчка привреда има најдинамичнију познату структуру. Америчку привреду карактерише велики број улазака и излазака, чиме она решава велики део свог реструктурирања, односно прилагођавања. У Србији, насупрот томе, постоје бројне баријере уласку и изласку. Америчко тржиште је огромно и отвара могућности за реализацију економије обима соп-

---

се хрватске Агенције за заштиту натјецања, вид. J. Pecotić Kaufman, S. Slijepčević, „Koncentracije poduzetnika i merodavno tržište: pravni i ekonomski aspekti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2010, 995.

[26] Д. Марковић Бајаловић, 315.

ственим (органским) растом предузећа. Српско тржиште је безнадежно мало. Коначно, у САД тржиште капитала, које функционише боље од било ког другог националног тржишта капитала, омогућава дисциплиновање управа корпорација и без концентрација. У Србији тржиште (сопственог) капитала практично и не постоји, односно ирелевантно је са становишта корпоративне контроле. То омогућавају само концентрације.

И онда следе уверавања како Закон у потпуности одговара америчким приоритетима контроле концентрација. А то је све у потпуности ирелевантно. Ипак, вреди напоменути да у фусноти 42 ауторка наводи да „Роберт Борк признаје да у случају учесника на тржишту који имају велики тржишни удео, економска ефикасност тешко да може да буде мотив за концентрацију. Он сматра да контрола концентрација треба да има за циљ да на тржишту остану минимално три фирме приближно исте величине“.[27] Ово једноставно није тачно, будући да Борк у цитираној књизи пише потпуно различите ствари. „Када се компаније које имају тржишни удео од 50% спајају како би формирале монопол, мотиве и ефекте њиховог чињења треба обазриво посматрати“.[28] И надаље: „Неизвестан је одговор на питање да ли спајање које ће довести до концентрације на тржишту од само два предузећа исте величине треба забранити. Мој утисак је да не треба и да концентрације које доводе до тржишног учешћа од 60 до 70% треба да се дозволе“.[29] Дакле, ауторка опет наводи нешто што није написано.

И за сам крај још једна у низу логичких грешака. Ауторка пише: „У чланку аутора се не износе никакви докази да је пракса Комисије за заштиту конкуренције РС последњих година била таква да одвраћа привредне субјекте од концентрација. Нама се чини да је велики број концентрација о којима је Комисија морала да одлучује током важења старог закона управо доказ да су учесници на тржишту улазили у процесе концентрисања, упркос наведеног негативном односу Комисије према њима“.[30]

Број концентрација које су пријављене нема никакву сазнајну вредност у погледу ефекта одвраћања, односно генералне превенције уз грешку типа I, на шта смо указали у нашем тексту. Податак који има сазнајну вредност је однос укупног броја концентрација при оваквом режиму контроле концентрација и укупног броја концентрација који би се догодио да не постоји овакав режим контроле концентрација. Да, на пример, постоји неки алтернативни, блажи режим или да кон-

[27] *Ibid.*, 316.

[28] R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York 1978, 219.

[29] *Ibid*, 221.

[30] Д. Марковић Бајаловић, 318.

трола концентрација уопште не постоји. Свакоме ко је нешто мало читао о генералној превенцији и грешкама (типа I и типа II) које се догађају, ово би морало да буде кристално јасно. Другим речима, потребно је идентификовати све оне случајеве концентрација које би биле друштвено оправдане, које би увећале друштвено благостање које учесници на тржишту нису ни помишљали да предузму због овакве политике концентрација. Аутори приказа Закона су идентификовали неколико таквих случајева у директним разговорима са компанијама и њиховим правним заступницима. Сматрамо да су званичници са којима смо разговарали имали подстицаје да буду искрени према нама, исто тако као што их немају када разговарају са Комисијом. Називе тих компанија и имена њихових званичника задржаћемо за себе.[31] Далеко је битније, међутим, да је из овог цитата јасно да ауторка не разуме шта је грешка типа I у генералној превенцији и да у разматрању те грешке не могу да постоје „докази" какве она тражи.

6. *TEMPUS FUGIT*

Једна од интересантнијих тврдњи ауторке односила се на нашу констатацију да (у време када смо чланак предали у штампу, а то је био новембар 2009. године) још увек нису били донети подзаконски прописи који су се односили на колективна изузећа. Неколико месеци након што је чланак објављен, Влада је усвојила те подзаконске прописе. Ауторка констатује да је „време оповргло критичаре".[32] Признајемо да нисмо у стању да схватимо како је то „време оповргло" нашу констатацију. По ауторкином аршину, следи да је „време оповргло" и титулу председника Комисије за заштиту конкуренције којом се потписала у заглављу чланка.

Надаље, ауторка анализира наше дилеме у погледу чл. 74 новог Закона о заштити конкуренције и констатује да смо пренебрегли „једно од елементарних правила управног поступка": а то је да се након поништаја у управном спору „предмет враћа у стање у коме

[31] Љубазност званичника компаније *SBB* омогућава нам да наведемо један од примера из пословног живота на основу којег смо, заједно са осталим случајевима које смо упознали, изградили поменути став о одвраћању од пожељног понашања. Наиме, управо због тога што је очекивала да Комисије неће да одобри концентрације којима би ова компанија преузимала мале кабловске операторе по мањим градовима у Србији, *SBB* оваква преузимања није ни започео, па стога нема ни инвестиција у те кабловске системе који су препуштени неминовном пропадању, а квалитет услуге тих оператора пада из дана у дан. Нажалост, то је сасвим рационално понашање компаније која не жели да се изложи трошковима припреме преузимања, плаћању накнаде од (најмање) 2.000.000 динара, трошковима правних заступника, тензији самог поступка, уз ризик да на крају не добије сагласност.

[32] Д. Марковић Бајаловић, 315.

је био пре него што је управни акт донесен“, односно да увек треба применити процесне норме старог закона. Чини нам се да је такав став добио на аргументацији у светлу формулације коју је усвојио новодонети Закон о управним споровима, а који је ступио на снагу након што смо израдили наш чланак.[33] Међутим, одредбе старог Закона о управним споровима[34] тешко да су одражавале јасноћу „елементарног правила“ на које се позива ауторка. Претпостављамо да је то и разлог корекције која је извршена у новом закону. Ауторка надаље констатује да је наш став био опасан и погрешан. У искушењу смо да се сложимо, у светлу чињенице да га имплиците подржава и једно мишљење сада већ бившег састава Комисије за заштиту конкуренције.[35]

Чини нам се да време није „оповргло“ нашу опаску о мањкавости прелазних и завршних одредаба, истих оних на које ауторка у свом тексту није имала примедбе. У међувремену је потврђено и прво решење Комисије којом се утврђује нека повреда Закона, у овом случају злоупотреба доминантног положаја. Починилац ипак неће бити кажњен пошто је нови Закон прекршаје прекрстио у „мере“. Прекршајне судије тако немају на основу чега да казне починиоца (јер оно што је некада било прописано као прекршај сада више није), а Комисија нема могућност да накнадно изрекне „меру заштите“ јер је поступак већ окончан. Ово је директна последица прелазних и завршних одредби и увођења такозваних „мера заштите конкуренције“.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Полемички текст ауторке нас је учврстио у нашем уверењу да је нови Закон о заштити конкуренције „јасна и непосредна опасност“

[33] Чл. 69 Закона о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

[34] Чл. 61 Закона о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

[35] Мишљење Комисије за заштиту конкуренције, бр. 1/0 06 /09 од 16.12.2009. године:

„Чланом 61 став 3 Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 даље: Закон), прописано је да „концентрација која се спроводи путем по нуде за преузимање у смислу прописа којим се уређује преузимање акционарских друштава, мора бити пријављена и кад нису испуњени услови из става 1 овог чла на“. Из наведене одредбе произлази следеће:

ова одредба се односи само на концентрације које се спроводе после 1.11.2009. као дана почетка примене Закона (...);

ако је постојала обавеза подношења захтева за издавање одобрења за спровођење концентрације у складу са Законом о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005), који се примењивао до 1.11.2009., а захтев није поднет Комисији за заштиту конкуренције (даље: Комисија) и/или није одобрено спровођење концентрације, постоји обавеза подношења пријаве концентрације; (...)“.

за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет. Штавише, овај текст јасно ставља до знања да се у области права конкуренције неспорно ради искључиво о „праву" и да, сходно томе, економистима и економској анализи у свему томе нема никаквог места. Ту „школу мишљења", која подсећа на Кишову „чаршијску књижевну кухињу", не интересује шта се дешава у свету, не интересују их чињенице које указују на то да се без економске анализе право конкуренције неминовно претвара у право спутавања конкуренције. Чикашка револуција, без обзира на то што се може оцењивати из различитих углова, представља управо тај преокрет. Та револуција је за право конкуренције оно што је увођење железнице за саобраћајни систем XIX века. А домаћа „школа" се понаша као противници железнице, као они који су у Великој Британији почетком или у Србији крајем XIX века тврдили да ће краве поред пруге престати да дају млеко.

Језгровитост и концизност језика Оливера Вендела Холмса, судије Врховног суда САД, позајмићемо и на крају овог текста: „За рационално проучавање права, правник-техничар је можда човек садашњице, али човек будућности је статистичар и економски стручњак".[36] На велику жалост Србије, у којој многи не виде шта је садашњост, а камоли будућност права конкуренције, ово је изречено пре равно 113 година.

---

[36] *„For the rational study of the law, the black letterman may be the man of the present, but the man of the future is the man od statistics and the master of economics".*

СУДСКА ПРАКСА

Др Марија Драшкић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије
maja@ius.bg.ac.rs

НОВИ СТАНДАРДИ ЗА ПОСТУПАК ЛИШЕЊА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ: АКТУЕЛНА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европски суд за људска права донео је недавно две пресуде у којима се бавио питањима везаним за поступак лишења пословне способности. Поруке ових одлука односе се и на пожељне измене српског законодавства, па их зато вреди представити у ширем изводу.

Случај Салонтаји-Дробњак против Србије (Salontaji-Drobnjak v. Serbia)

Подносилац представке, држављанин Србије, делимично је лишен пословне способности одлуком Општинског суда у Врбасу од 22. фебруара 2005. године, а на основу вештачења које је обавио Институт за психијатрију Клиничког центра у Новом Саду. Налаз овог стручног тела гласио је да подносилац представке пати од поремећаја који је дијагностикован као параноја парничења (*paranoia querulans*), због тога што је подносилац представке био поднео преко 200 тужби Општинском суду у Врбасу, највише против својих претпостављених. Мишљење тима вештака било је да га треба делимично лишити пословне способности. Окружни суд у Новом Саду је 24. марта 2005. године потврдио првостепену одлуку, а Врховни суд Србије је 28. фебруара 2006. године одбио ревизију подносиоца представке. Покушај господина Салонтаји-Дробњака да суду уручи предлог за враћање пословне способности 7. јуна 2005. године није успео, јер је Општински суд у Врбасу одбио да га прими док се подносиоцу представке не постави старатељ.

Након тога господин Салонтаји-Дробњак обратио се Европском суду за људска права истичући повреду права на правично суђење и права на поштовање приватног и породичног живота. Суд је, најпре, изразио став да претпоставља да у случајевима који укључују душевно болесна лица домаћи судови, такође, треба да уживају одређени простор за процену. Међутим, како је током поступка пред Судом било утврђено да подносилац представке није присуствовао последњем рочишту, након кога је донета одлука о лишењу пословне способности, да самим тим није могао лично да оспори налаз и мишљење вештака, да у образложењу одлуке Општинског суда у Врбасу нема уверљивог објашњења за одсуство подносиоца представке осим да његово присуство не би било „сврсисходно", да подносилац представке уопште није имао могућност да се састане са правницом која му је била законски заступник у поступку за лишење пословне способности те да му је био онемогућен приступ суду приликом подношења предлога за враћање пословне способности, Европски суд је утврдио да је дошло до повреде права на правично суђење (чл. 6, ст. 1 Европске конвенције). Што се тиче права на поштовање приватног и породичног живота, Европски суд је, истина, признао потребу државе да се заштити од несносних парничара, али је утврдио да је у том случају држава дужна да установи ефикасан судски механизам који би се изборио са таквим захтевима, без прибегавања додатним мерама које би се одразиле на пословну способности таквих лица. С друге стране, Суд је констатовао и недостатак домаћег законодавства који се састоји у томе што није предвиђено ограничено време трајање лишења пословне способности, као и периодично преиспитивање одлуке о лишењу пословне способности од стране суда, онако како предвиђа чл. 14 Препоруке Комитета министара Савета Европе од 23. фебруара 1999. године. Због учињених повреда Суд је подносиоцу представке досудио накнаду нематеријалне штете у износу од 12.000 евра, као и износ од 3.000 евра на име трошкова судског поступка.[1]

Случај X. против Хрватске (X. v. Croatia)

Поступак у овом предмету покренула је хрватска држављанка X., рођена 1972. године, у односу на коју је Центар за социјални рад из Загреба децембра 1998. године покренуо поступак за лишење пословне способности. Подноситељки представке одмах је за привременог старатеља постављена њена мајка како би је надаље заступала у овом поступку. Предлог Центра темељио се на обавештењу Психијатријске болнице о томе да је она у више наврата лечена од

[1] Вид. Салонтаји Дробњак против Србије, представка бр. 36500/05 од 13. октобра 2009. године, *Службени гласник РС*, бр. 92/2009.

параноидне шизофреније након покушаја самоубиства. У поступку лишења пословне способности подноситељка представке је саслушана и она је том приликом изјавила да су њени проблеми почели пре више година, када је отишла у Лондон, где је почела да конзумира марихуану, да је имала халуцинације, али да се сада лечи те да не жели да буде лишена пословне способности, а посебно не жели да јој за старатеља буде постављена мајка, из приватних разлога. Напоменула је да је у другом месецу трудноће и да намерава да прекине трудноћу, али то се ипак није догодило. Након порођаја, у децембру 1999. године, психијатар из болнице у којој се лечила обавестио је Центар да сматра да је потребно наставити поступак за лишење пословне способности због тога што се њено стање погоршало услед неконтролисаног узимања психоактивних супстанци, чиме угрожава сопствену безбедност, а посебно безбедност свог детета. У наставку поступка, подноситељка представке је још једном саслушана, прибављено је и ново психијатријско вештачење, па је суд у мају 2001. године подноситељку представке потпуно лишио пословне способности.

Подноситељка представке се није жалила и одлука је постала правноснажна. За старатеља јој је најпре постављена мајка, али је након тога, на захтев мајке, за старатеља постављена радница Центра. У фебруару 2004. године подноситељка представке затражила је од општинског суда у Загребу да јој се врати пословна способност. Након прибављеног психијатријског вештачења, које је указивало на погоршање њене болести у правцу акутне психозе са параноидним маничним идејама, подноситељка представке је приговорила наведеном вештачењу и затражила ново. Друго вештачење обавила је Клиника за психијатрију Медицинског факултета у Загребу, али је оно у потпуности подржало налаз и мишљење првог вештачења. Ослањајући се на овај доказ, суд је марта 2005. године одбио захтев подноситељке представке за враћање пословне способности. Подноситељка представке се није жалила на ту одлуку. У међувремену, стручни тим Центра за социјални рад је у јулу 2000. године предложио, а Центар донео решење на основу кога је ћерка А. подноситељке представке смештена на хранитељску заштиту код баке, мајке подноситељке представке. У новембру 2001. године Центар је подноситељки представке одузео право да живи са својим дететом и наложио да се дете смести у СОС Дечје село, јер је током поступка надзора утврђено да дете, иако је стављено под хранитељску заштиту баке, и даље живи у истом домаћинству са мајком, која се меша у васпитање детета, чему се хранитељка није могла одупрети. Током 2003. године Центар је по службеној дужности покренуо поступак за усвојење А., ћерке подноситељке представке, без њеног знања, а на основу сагласности старатељке детета М. Б. Решење је постало правноснажно

септембра 2003. године. Према важећем хрватском законодавству, подноситељка представке није била странка у поступку усвојења њене ћерке, будући да јој је била потпуно одузета пословна способност, нити је била обавештена да је такав поступак спроведен, већ је за усвојење свог детета сазнала тек касније.

Подноситељка представке обратила се Европском суду за људска права сматрајући да је повређено њено право на поштовање породичног живота, које гарантује чл. 8. Европске конвенције о људским правима, будући да је њена ћерка дата на усвојење без њеног знања, пристанка или учешћа у поступку усвајања. Суд је стао на становиште да усвојење детета, као веома рестриктивна мера која има за последицу потпуно прекидање односа између родитеља и детета, несумњиво представља мешање у право на поштовање породичног живота подноситељке представке. Оцењујући да ли је мешање било законито и да ли је имало легитиман циљ, Европски суд је, најпре, потврдио да одлука о којој је реч има упориште у домаћем закону, те да је циљ хрватског законодавства да заштити децу, па како ништа у овом предмету не указује на то да је било неке друге сврхе, Суд је закључио да су одлуке о којима је реч имале за циљ да заштите најбоље интересе детета, што јесте легитиман циљ у смислу чл. 8, ст. 2 Европске конвенције о људским правима.

Но, средишње питање у овом предмету, по мишљењу Суда, јесте да ли је мешање јавних власти у остваривање права на породични живот у конкретном предмету било неопходно у демократском друштву. Суд је поновио да раздвајање породице увек представља веома озбиљно мешање те да се међу питањима која се разматрају у процесу одлучивања о усвојењу детета безусловно морају разматрати и прописно узети у обзир и ставови и интереси биолошких родитеља, којима се мора омогућити правовремено коришћење свих правних средстава која им стоје на располагању. Суд је посебно приметио да ни у једном од поступка који су претходили усвојењу није био оцењиван однос између подноситељке представке и њене ћерке, иако је једна од *ex lege* последица лишавања пословне способности било и потпуно искључење подноситељке представке из поступка усвојења њене ћерке. Стога чињеница да, према домаћем праву, родитељ коме је одузета пословна способност није странка у поступку усвојења нити је потребна његова сагласност за усвајање детета, представља мешање јавних власти које није било нужно у демократском друштву. Суд, надаље, примећује да ни у једном претходном поступку није донета посебна одлука о подноситељкином родитељском праву, иако је она наставила да врши то право бар у одређеној мери, тако што је посећивала дете све до усвајања. Суд, најзад, констатује да није превидео чињеницу да је подноситељка

представке била потпуно лишена пословне способности, али да не може прихватити да свака особа лишена пословне способности треба аутоматски да буде искључена из поступка усвајања свог детета. Суд налази да није било довољно то што су надлежне домаће власти подноситељку представке само укратко обавестиле телефоном о томе да је покренут поступак усвојења, већ је било нужно да јој се пружи прилика да буде саслушана у том поступку, а тиме и да добије могућност да изрази своје ставове о могућем усвојењу своје ћерке. Суд је у закључку констатовао да је пропуштање хрватских власти да укључе подноситељку представке у поступак усвајања њене кћерке довело до повреде права на поштовање њеног приватног и породичног живота (чл. 8 Европске конвенције). Подноситељки представке Суд је досудио износ од 8.000 евра на име накнаде нематеријалне штете.[2]

1. ПРАВО НА ЗДРАВЉЕ

Нови Устав Републике Србије проглашен је и ступио је на снагу 8. новембра 2006. године. Одредба овог Устава којом се штити право на здравље гласи: „Свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља".[3] Изгледа, дакле, да је уставотворцу овога пута било посебно важно да изреком помене и физичко и психичко здравље, односно да овом одредбом демонстрира да никакве разлике у заштити здравља не сме бити у зависности од тога у ком сегменту људске личности је наступило нарушавање здравља.

Устав Светске здравствене организације дефинише здравље као стање потпуног телесног (физичког), душевног (менталног) и социјалног благостања, а не само одсуство болести и изнемоглости.[4]

---

[2] *Case of X. v. Croatia,* No. 11223/04 од 26. јуна 2008. године.

[3] Вид. чл. 68, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06. Претходни српски Устав гарантовао је само право на заштиту здравља, не помињући изричито физичко или психичко здравље. Вид. чл. 30, ст. 1 Устава Репу блике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/90.

[4] Вид. Преамбулу Устава Светске здравствене организације из 1946. године. Исту дефиницију здравља понавља и Декларација Светске здравствене организације из Алма Ате (1974): „Здравље није пуко непостојање болести, већ стање потпуног физичког, менталног, духовног и социјалног благостања".

Иако се у литератури овој дефиницији много тога приговара (на пример, да је двозначна и да садржи двосмислени обрт, па се због тога назива „разроком"; да садржи идеалистичке и утопистичке елементе; да је изван времена и простора; да одређује здравље као апсолутну, а не релативну категорију; да дефинише здравље на негативан, а не на позитиван начин; да се здравље на овај начин фетишизира и апсолутизује; један критичар је, штавише, рекао да здравље, како га дефинише Светска здравствена организација, више личи на кому, него на здравље; да је потпуна

Но, није само Светска здравствена организација дефинисала здравље. И песници су писали понекад о здрављу. Тако, велики хрватски песник епохе надреализма, Тин Ујевић, осећајући у себи благотворност здравља, пише:

О Тине,

сине

ведрине,

чврстине,

једрине,

густине...

дајући прегршт атирбута здравља, толико потребних да би се појам и значење појма „здравље" лакше схватило, и то истовремено димензије телесног (физичког) и духовног здравља.[5] Штавише, Тин Ујевић је написао и једну развијену дефиницију здравља, вероватно још 1938. године, дакле скоро деценију пре него што је Светска здравствена организација поставила своју дефиницију: „По мојем мишљењу, детерминантни чинилац, који делује у сваком човеку као стваралац свих психичких особина и чинова, те одређује човеков усуд у најопћенитијем и у најпојединачнијем смислу, *зове се здравље*. Другим ријечима, ја сматрам здравље иманентним, али апсолутним начелом каузалитета које живи у сваком човјеку. Здравље, дакле, ствара и квалитету човјекове поезије и литературе: оно, и ништа друго. Питати се, да ли је дужина човјековог живота и ток његов унапријед одређен у колевци, изгледа помало метафизички, па ипак, и дужина човјековог живота и развој његових надахнућа одређен је посредно здрављем, а то је здравље један еквилибриј који није само претходно остварен него се непрестано бори, кроз разне мијене организма, за своје одржање".[6]

И Конвенција о правима детета предвиђа да државе чланице признају право детета на највиши ниво здравствене и медицинске заштите и на рехабилитацију, те да ће државе чланице настојати да ниједном детету не буде ускраћено право на такву здравствену

ослобођеност од болести неспојива са процесом живота (*Dubos*); да се у стварности тешко може наћи потпуно здрав човек (*Kiekegaard*); да се здравље, напротив, може мерити и степеновати (Аристотел), итд., ипак је ова дефиниција до данас најчешће коришћена у свету.

[5] Колико је Тин Ујевић држао до ведрине, која је несумњиво манифестација доброг духовног здравља, може се видети из записа „Ако што бих једино потомцима хтио намријети у баштину била би ВЕДРИНА. Кристална коцка ведрине", вид. Т. Ujević, *Funus acerbum (Opojnost uma)*, *Ljudi na vratima gostionice*, August Cesarec, Zagreb 1986.

[6] *Ibid.*

заштиту.[7] Такође, Конвенција обавезује државе чланице да „у највећој могућој мери обезбеде опстанак и развој детета“,[8] а правилни и потпуни развој детета везује се за живот „у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања“.[9] Право детета да му буду обезбеђени најбољи могући животни и здравствени услови за правилан и потпун развој гарантује и Породични закон Србије.[10] Ради се, дакле, о једном праву детета које има карактер најопштијег принципа који прожима примену свих других права детета. Развој се, при том, мора сагледавати као холистички концепт, будући да се и сва друга права детета морају вршити тако да имају за циљ правилан и потпун развој детета. Отуда, многе обавезе које су преузеле државе чланице Конвенције о правима детета, а које се односе на заштиту детета од насиља и експлоатације, на здравље, одговарајући стандард живота, образовање, слободно време, игру или рекреацију, директно утичу на могућности правилног и потпуног развоја.[11] С друге стране, развој не сме да подразумева само припрему детета за доба зрелости, већ мора да обухвати оптималан ниво услова за живот и развој детета у детињству, укључујући физички, ментални, духовни, морални, психолошки и социјални развој. Само тако развој детета биће у складу с људским достојанством и успешно ће припремити дете за самостални живот у будућности. Кључну улогу у обезбеђивању оптималног развоја за дете имају његови родитељи, разуме се, у оквиру својих способности и финансијских могућности, али и други чланови породице који су одговорни за дете, а држава је обавезна да им у томе пружи сваку могућу помоћ (материјална подршка, програми потпоре у погледу исхране, одевања, становања итд).[12]

Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може дати пристанак за предузимање медицинског захвата у српском праву.[13] На овај начин, дете које је достигло задовољавајући степен зрелости добија прилику да о свом здрављу – као једном од најважнијих аспеката правилног и потпуног развоја – доноси одлуке самостално. У савременом медицинском праву, наиме, напуштен је патернализам у односу између лекара и пацијента, који је значио да лекар има само задатак да се на најбољи могући

7 Вид. чл. 24, ст. 1 Конвенције о правима детета, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90.

8 Вид. чл. 6, ст. 2 Конвенције о правима детета.

9 Вид. Преамбулу Конвенције о правима детета.

10 Вид. чл. 62, ст. 1 Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

11 Вид. чланове 19, 24, 27, 28, 29, 31 39 Конвенције о правима детета.

12 Чл. 27 Конвенције о правима детета.

13 Чл. 62, ст. 2 Породичног закона.

начин стара о пацијенту, занемарујући сасвим пацијентову вољу и његове жеље у погледу лечења. Уместо тога, однос између лекара и пацијента данас се првенствено темељи на принципу поштовања аутономије пацијента и његових личних права. Суштина тог принципа је да пацијент није објект медицине, него субјект који, уз помоћ лекара, слободно одлучује о свим мерама које се тичу његовог живота и здравља.[14] Отуда се у савременом праву без сагласности пацијента не може, по правилу, извршити над њим никаква дијагностичка и терапијска мера, односно такви поступци противно вољи пацијента могу се предузимати само у изузетним случајевима који су одређени законом.[15] Када је у питању дете, правила медицинског права налажу да родитељи имају право да се сагласе са предузимањем хируршких или других медицинских интервенција над својим дететом док је оно малолетно, али да дете које је достигло задовољавајући степен зрелости може и само донети одлуку о томе да ли пристаје на предложени медицински захват.[16]

---

[14] Опширније вид. Ј. Радишић, М. Драшкић, В. Водинелић, М. Поповић, В. Стамболовић, М. Самарџић, „Повеља о правима пацијената“, *Право теорија и пракса* 12/1999, 39 46.

[15] Тако је и у српском праву. Без пристанка пацијента не сме се, по пра вилу, над њим предузети никаква медицинска мера, а медицинска мера противно вољи пацијента, односно његовог законског заступника, може се предузети само у изузетним случајевима који су предвиђени законом и који су у складу са лекарском етиком. Изузетни случајеви су они у којима је пацијент без свести, или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак, а треба да буде предузета хитна медицинска мера над њим. У том случају, медицинска мера може се предузети на основу конзилијарног налаза. Вид. чланове 31 35 Закона о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 107/05. Вид. и чл. 5 Конвенције о људским правима и биомедицини (1997).

[16] То је често решење и у упоредном праву. На пример, у праву Норвешке родитељи немају право да изјављују сагласност у име детета које је навршило 16 го дина живота, а малолетници од 12 16 година имају право да изразе своје мишљење у вези са предстојећом медицинском интервенцијом, вид. пар. 4 Закона о правима пацијената Норвешке. У енглеском праву неопходна је сагласност малолетника старијег од 16 година за сваки хируршки, медицински или стоматолошки захват, што значи да је у том случају уклоњена потреба да се захтева сагласност родитеља, вид. пар. 8. Закона о реформи породичног права (*The Family Law Reform Act*, 1969). Штавише, у једној веома познатој судској одлуци Дом лордова је, као највиши енглески суд, оценио да лекар има право да даје медицинске савете или предузима третмане у вези са контрацепцијом и у погледу девојака млађих од 16 година и без претходног одобрења родитеља, под условом да је девојка способна да разуме савет лекара, да је лекар покушао да је убеди да о третману обавести родитеље или му допусти да он то учини, да је вероватно да ће девојка почети или наставити сексуалне односе без обзира на контрацептивни третман, да ће њено физичко или ментално здравље бити нарушено у одсуству савета или третмана те да је у њеном најбољем интересу да лекар поступа без сагласности родитеља (тзв. „Гилик тест компетенције“), вид. *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), 3 All E.R. 402. Опширније о пристанку малолетника на медицински захват

2. ПРАВО НА ПОСЛОВНУ СПОСОБНОСТ

Устав Србије познаје одредбу која предвиђа да лице пунолетством стиче способност да самостално одлучује о својим правима и обавезама те да пунолетство наступа са навршених 18 година.[17] Ако је право на правну личност – како гласи рубрум овог члана Устава Србије – овом одредбом дефинисано и кроз право на стицање пословне способности,[18] могло би се закључити да Устав Србије не прави било какву разлику између правне и пословне способности, уврштујући их у основна људска права и слободе.

С друге стране, произилази из Устава Србије такође и то да никакво ограничавање како правне, тако и пословне способности није могуће. Док је то у погледу правне способности неспорно и јасно, будући да су у савременим законодавствима сва људска бића правни субјекти и сва имају исти обим и квалитет правне способности од тренутка рођења,[19] у погледу немогућности ограничења пословне способности решење је посве ново.[20] У Уставу Србије постоји, наиме, одредба која гарантује непосредну примену зајемчених људских права и која дозвољава да се начин остваривања ових права може прописати законом само ако је то Уставом изричито предвиђено или је то неопходно за остваривање појединог права због његове правне природе,[21] односно да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена само ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном

у међународном и упоредном праву, вид. G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague Boston London 1998, 310 312; N. Ivović, *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost ljekara*, Pravni fakultet, Podgorica 2004, 157 175.

[17] Вид. чл. 37, ст. 2 Устава Србије.

[18] Право на правну способност гарантује чл. 37, ст. 1 Устава Србије: „Свако лице има правну способност".

[19] Није, наравно, тако било одувек у праву, већ је то резултат одређеног непо вратног стадијума развоја права и цивилизације уопште. У прошлости су, као што је познато, постојали системи у којима су читаве категорије људи биле лишене правне способности (робови у старом Риму) или је обим њихове правне способности био ужи у односу на друге категорије грађана (на пример, кметови у феудализму). Вид. опширније О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1995, 52 53.

[20] Пословна способност се дефинише као способност закључивања правних послова, а под њима се подразумевају изјаве воље које производе грађанскоправна дејства (настанак, пренос или промену субјективних грађанских права). С гледишта пословне способности, сва су физичка лица традиционално била сматрана потпуно пословно неспособним, ограничено (делимично) способним или потпуно пословно способним, вид. опширније О. Станковић, В. Водинелић, 57.

[21] Чл. 18, ст. 1 Устава Србије.

да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.[22] Имајући, дакле, у виду да је неспорно да начин остваривања или ограничавање правне способности никада не би могло бити додатно уређено законом, поставља се питање да ли Устав уопште допушта прописивање начина остваривања или ограничавање пословне способности?

Тумачењем одредбе о томе да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена само ако, поред других услова који се морају испунити, такво ограничење допушта Устав, долазимо одмах до неспорног закључка да Устав није предвидео никакву могућност да право на пословну способност буде додатно уређено или ограничено законом, онако како је то учињено у погледу неких других људских и мањинских права (као што је, на пример, право на држављанство, слобода кретања, тајност писма, заштита података о личности, право на имовину, итд.). Стога, будући да Устав уопште не допушта ограничење овог права, изостаје подвргавање могућег ограничења и осталим додатним критеријумима обезбеђења, као што су захтев да ограничење може бити само у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

С друге стране, интерпретација уставне норме о томе да је законом дозвољено прописати начин остваривања неког људског и мањинског права зајемченог Уставом само ако је то изричито предвиђено или ако је то неопходно за остваривање појединог права због његове правне природе, доводи нас до закључка да Уставом свакако није изричито предвиђено да се начин остваривања права на пословну способост може законом прописати. Остаје, стога, још једино последња могућност – тумачење да се начин остваривања овог људског права, чију непосредну примену гарантује Устав, пропише законом, с образложењем да је то неопходно за остваривање овог права због његове правне природе. Но, и том случају, законско прописивање начина остваривања права на пословну способност морало би задовољити и додатни уставни критеријум, а то је захтев да закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права.

У српском праву потпуно се лишава пословне способности пунолетно лице које због болести или сметњи у психофизичком развоју није способно за нормално расуђивање, те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса.

---

[22] Вид. чл. 20, ст. 1 Устава Србије. Овакво уставно ограничење људских и мањинских права потпуно је у складу са стандардима предвиђеним у чл. 8, 9, 10 и 11 Европске конвенције о људским правима, *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, бр. 9/03.

Пословна способност лица које се потпуно лишава пословне способности једнака је пословној способности млађег малолетника. Делимично се, пак, лишава пословне способности пунолетно лице које због болести или сметњи у психофизичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе, односно права и интересе других особа.[23] Пословна способност лица које је делимично лишено пословне способности једнака је пословној способности старијег малолетника, а судском одлуком о делимичном лишењу пословне способности одредиће се правни послови које то лице може односно не може самостално предузимати.[24]

Ако би, другим речима, пред Уставним судом било постављено питање да ли су одредбе Породичног закона о потпуном или делимичном лишењу пословне способности у складу са одредбама Устава о непосредној примени зајемчених права те допуштеном степену ограничења људских и мањинских права, аргументација за неприхватање неке такве хипотетичне иницијативе или одбијања предлога морала би се кретати само у оквиру тумачења према коме одредбе о лишењу пословне способности – без обзира на то што је више или мање ограничавају – представљају само нужно прописивање начина остваривања овог права које је неопходно због његове правне природе, али ипак не утичу на суштину зајемченог права на пословну способност. Такво тумачење захтевало би, међутим, уношење у наш правни систем и неких нових правила, која би додатно обезбедила да суштина зајемченог права на пословну способност остане очувана, и то у мери у којој је особа која се лишава пословне способности у стању да изрази сопствено мишљење у складу са својим очуваним менталним капацитетом.

3. КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

На исто тумачење упућују и одредбе Конвенције о правима особа са инвалидитетом, која је усвојена под окриљем Уједињених

[23] Исти став у погледу тумачења појма непосредног угрожавања заузела је и судска пракса: „Према наведеној одредби Закона о браку и породичним односима опасност угрожавања својих права и интереса или права и интереса других осо ба мора бити *непосредна* па је за правилну примјену материјалног права потреб но утврдити да ли је Б. И. непосредно неким својим поступцима угрожавао своја права или интересе односно права или интересе других особа, па ће се тек након тога о приједлогу за лишење пословне способности моћи законито одлучити." Вид. решење Врховног суда Хрватске Гзз. 34/84 од 31. маја 1984, *Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava*, Zagreb 1988, одлука бр. 30.

[24] Вид. чланове 146 и 147 Породичног закона.

нација и коју је Србија недавно ратификовала.[25] Према тој Конвенцији, особама са инвалидитетом сматрају се подједнако особе чија су дугорочна оштећења у физичкој, менталној, интелектуалној или чулној сфери, док појам дискриминације по основу инвалидитета подразумева сваку разлику, искључивање или ограничавање на основу инвалидитета, што има за циљ или ефекат нарушења или поништења признавања, уживања или вршења, равноправно са другима, свих људских права и основних слобода у политичкој, економској, друштвеној, културној, цивилној или било којој другој области.[26] Дакле, утврдили смо да је појам инвалидитета и појам дискриминације особе са инвалидитетом потпуно једнако одређен, сасвим независно од тога да ли се ради о соматском или менталном оштећењу.

Равноправност пред законом Конвенција о правима особа са инвалидитетом[27] дефинише на следећи начин:

> *1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.*
>
> *2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*

Потпуно неочекивано, међутим, у званичном преводу текста Конвенције на српски језик равноправност пред законом особа са инвалидитетом дефинише се на следећи начин:

> 1. Државе стране уговорнице поново потврђују да особе са инвалидитетом имају право да свуда буду признате пред законом, као и друга лица.
>
> 2. Државе стране уговорнице признају да особе са инвалидитетом остварују свој *правни капацитет* (*подвукла М. Д.*) равноправно са другима у свим аспектима живота.

По мом мишљењу, ст. 1 чл. 12 Конвенције односи се неспорно на гаранцију правне способности, а ст. 2 чл. 12 на заштиту пословне способности особа са инвалидитетом.[28] Енглески термин *legal capacity*, наиме, несумњиво може значити само пословну

[25] Конвенција је усвојена на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници од 13. децембра 2006. године. Конвенција садржи и Опциони протокол, који је такође био предмет ратификације, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 42/09.

[26] Вид. чл. 1, ст. 2 (појам особе са инвалидитетом) и чл. 2, ст. 4 (појам дискриминације особе са инвалидитетом).

[27] Вид. чл. 12, ст. 1 2 Конвенције о правима особа са инвалидитетом. За оригинални текст Конвенције вид. *http://www.un.org/disabilities/default.asp?id 259.*

[28] Занимљиво је да неслужбени превод чл. 12, ст. 1 и 2 Конвенције о правима особа са инвалидитетом на сајту једне невладине организације управо користи

способност,[29] док појам правни капацитет на српском језику нема никакво специфично значење. Слично разликовање начињено је и у француском тексту Конвенције између појма правне способности (*personnalité juridique*), који је употребљен у ст. 1, и појма пословне способности (*capacité juridique*), који је употребљен у ст. 2 чл. 12 Конвенције. Изгледа, другим речима, да је српски законодавац, поступајући на овај начин, „изгубио у преводу" право значење одредбе о правној и пословној способности особа са инвалидитетом, односно – то је такође једна претпоставка – хтео је да избегне обавезивање на јасан захтев Конвенције да особе са инвалидитетом (а то су, видели смо, сви који имају оштећења било у физичкој или менталној сфери) морају остваривати и своју пословну способност („правни капацитет") равноправно са свима другима и у свим аспектима живота. Коначно, то значи да никакво лишавање пословне способности на начин како се то чинило до сада – било делимично или потпуно – не би било дозвољено![30]

Са друге стране, и постојање ст. 4 чл. 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом демантује тумачење да се ст. 1 и 2 овог члана односе само на правну способност. Наиме, ова одредба обавезује државе уговорнице да обезбеде све оне мере којима ће пружити одговарајуће и ефикасне гаранције за остваривање „правног капацитета" особа са инвалидитетом, ради спречавања злоупотреба и у складу са међународним правом људских права. Такве гаранције састојаће се у мерама којима се поштују права, воља и приоритети

појмове „правна способност" (у ст. 1) и „пословна способност" (у ст. 2), вид. *http://www.slikom.org/arh/konvencija.html*.

[29] Вид. дефиницију појма (*legal) capacity* у Википедији *http://en.wikipedia.org/wiki/Capacity (law)*.

[30] Сличну забуну учинио је и хрватски Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом (*Međunarodne novine Republike Hrvatske*, бр. 6/07), чији превод ст. 1 и 2 чл. 12 гласи:

1. Државе странке поново потврђују да особе с инвалидитетом имају право свугдје бити признате као особе једнаке пред законом.

2. Државе странке ће прихватити да особе с инвалидитетом имају *правну способност (правни положај)* [*подвукла М. Д.*], на једнакој основи као и друге особе у свим аспектима живота.

Хрватски законодавац је, дакле, енглески термин *legal capacity* односно француски *capacité juridique* превео као правну способност (алтернативно, у загради, стоји и термин правни положај)! Не само са аспекта чисто језичког, већ и систематског тумачења, могло би се поставити питање каква је у том случају разлика у значењу првог и другог става чл. 12 Конвенције, односно шта би значило да особе са инвалидитетом имају право свугде бити признате као особе једнаке пред законом, осим да то управо значи признање правне способности? У наставку, поновити у ставу другом исто то, кроз појам правне способности и правног положаја (ма шта то значило!), не би имало никаквог оправдања, према правилима о систематском и циљном тумачењу правних норми.

односне особе; такође, ове мере треба да послуже да не дође до сукоба интереса и непримереног утицаја; најзад, такве мере треба да буду пропорционалне и прилагођене околностима односне особе, да трају најкраће могуће време и да подлежу редовном преиспитивању надлежног независног и непристрасног органа или суда. Будући да правна способност у савременим правима не може ничим бити ограничена и да за њено остваривање односно вршење не могу постојати никакве мере које ће је гарантовати, јасно је да Конвенција о правима особа са инвалидитетом у овој одредби, у ствари, говори управо о начину на који ће се вршити пословна способност особа са инвалидитетом. Другим речима, смисао целог члана 12. Конвенције о правима особа са инвалидитетом јесте, по мом мишљењу, да обезбеди апсолутно идентичну заштиту особама са инвалидитетом како у погледу правне способности, тако и у односу на пословну способност. Конвенција о правима особа са инвалидитетом дозвољава мере ограничавања само у домену вршења пословне способности особа са инвалидитетом, са гаранцијама које су побројане, али никакво ограничавање није допуштено на нивоу дефиниције пословне способности. Исход оваквог тумачења може бити само један: предстоји реформа законодавства које се односи на правила о лишавању пословне способности!

Исти закључак потврђује и Препорука Комитета министара Савета Европе о принципима који се односе на правну заштиту пунолетних особа лишених пословне способности, која у једном од принципа налаже да правни оквир за лишење пословне способности треба да буде такав да колико год је то могуће узме у обзир да могу постојати различити степени неспособности те да се неспособност може временом и мењати. Препорука посебно наглашава да мером заштите дотичној особи не би требало аутоматски одузети право гласа, право на састављање тестамента, право на давање пристанка приликом предузимања медицинских интервенција, односно приликом доношења осталих одлука личне природе. Препорука, такође, предлаже да мере лишавања пословне способности треба да буду ограниченог трајања те да подлежу периодичном преиспитивању од стране надлежне институције.[31]

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ЈАСНА ПОРУКА ИЗ СТРАЗБУРА?

Најкраћи коментар двеју приказаних пресуда Европског суда за људска права могао би се, дакле, сажети у констатацију да најважнији међународни документи о људским правима налажу државама чла-

[31] Вид. Принципе бр. 3 и 14 Препоруке Комитета министара Савета Европе No R (99) 4 о принципима који се односе на правну заштиту пунолетних особа лишених пословне способности, од 23. фебруара 1999. године.

ницама да поштују нове стандарде у односу на особе које имају дугорочна ментална оштећења, односно да пословна способност не може надаље бити одузимана на начин како се то до сада традиционално чинило у законодавствима већине земаља. Прва интервенција морала би се учинити у Породичном закону, у том смислу што би било предвиђено да мера лишења пословне способности – као мера којом се пословна способност не одузима, већ се остварује вршење пословне способности особа које не могу самостално вршити сопствену пословну способност – може трајати само одређено време, односно да се може продужавати само ако и даље постоје разлози због којих је та мера била одређена. С друге стране, изменама Закона у ванпарничном поступку, у коме се налазе процесне одредбе којима се регулише поступак лишења пословне способности, требало би предвидети судски механизам периодичног преиспитивања донете одлуке о лишењу пословне способности.

Другим речима, уместо садашњег концепта, према коме се једна особа лишава пословне способности на неодређено време, а она сама или други активно легитимисани субјекти могу покренути поступак за враћање пословне способности, био би установљен супротан принцип: лишавање пословне способности било би увек ограничено неким временским роком, а продужење ове мере омогућило би суду да периодично контролише да ли је оваква мера још увек неопходна. Такво решење почивало би управо на уверењу да постоје различити степени неспособности за расуђивање, односно да неспособност за расуђивање није једном заувек фиксирана и да се може временом и мењати. Најзад, способност особа с дугорочним менталним оштећењима да учествују у доношењу неких за њих веома важних одлука – посебно оних које се тичу личних права, као што је давање сагласности за усвајање детета, састављање тестамента или давање сагласност за предузимање медицинске интервенције – мора бити очувана у мери у којој ће овим особама омогућити да изразе свој став, мишљење и интересе. У суштини, ради се о праву ових особа на партиципацију, као једном од темељних људских права. Афирмација особе која нема пуни ментални капацитет за самостално доношење одлука подразумева прихватање чињенице да и таква особа треба да изражава своје ставове у свим питањима која се на њу односе и у мери у којој јој то стање здравља допушта, али и обавезује јавне власти да обезбеде механизме у којима ће се такве особе саслушати и њиховим ставовима, мишљењима и интересима посветити дужна пажња у складу са њиховим очуваним менталним капацитетима. Свакако да је посебно важна улога државних органа у томе да осигурају да погледи и ставови ових људи буду релевантни фактор приликом доношења одлука – које ће у правном смислу предузимати њихови законски заступници – барем о оним најважнијим

њиховим личним правима. То, наравно, не значи да ће одлука неминовно и увек бити у складу с мишљењем особе о којој је реч, али је од кључне важности да та особа буде укључена у доношење одлуке те да добије објашњење због чега је морала бити донета другачија одлука од оне коју је она желела.

Мр Дијана Јанковић

судија Вишег суда у Нишу
dijanaj@open.telekom.rs

ОДМЕРАВАЊЕ И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈА КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Одлука о казни има велики значај како за учиниоца кривичног дела, коме је изречена, тако и за ширу јавност, јер она представља коначан резултат целокупног кривичног поступка. Суд приликом одмеравања казне има првен ствено у виду кривично дело и кривицу, али и учиниоца кривичног дела. Дакле, учинилац кривичног дела је околност која битно утиче на одмеравање казне, као одређена личност, при чему за одмеравање казне могу бити меродавни и лични фактори који се тичу учиниоца, а који не стоје ни у каквој вези са кри вичним делом, ако су значајни за индивидуализацију казне на линији специјалне превенције. У раду се анализирају основне поставке домаћег законодавства у области одмеравања казне и актуелна судска пракса у наведеној области, као и околности које суд узима као релевантне приликом одмеравања казне и њихов утицај приликом индивидуализације казне на избор и висину санкције.

Кључне речи: *Одмеравање казне. Индивидуализација казне. Олакшавајуће и отежавајуће околности. Кривица. Учинилац кривичног дела.*

1. ПРИНЦИП ЗАКОНИТОСТИ И ПРИНЦИП ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈЕ КАЗНЕ

Одмеравања казне темељи се на принципу законитости и принципу индивидуализације казне. Из основних поставки принципа законитости произилази да је његов циљ да омогући правну сигурност грађана, заштиту њихових права и слобода.[1] Правно значење овог принципа огледа се у уважавању неколико класичних,

[1] C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I. *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München 1997, 99.

давно постављених основних захтева. Кривична дела и казне морају бити законом прописани, те да нико не може бити кажњен за дело које пре него што је извршено није законом било прописано као кривично дело. За учиниоца је меродаван само закон који је важио у време извршења кривичног дела – принцип забране ретроактивне примене кривичних закона, мада се по правилу омогућава повратно дејство одређене материјално правне норме ако је она повољнија за учиниоца. Забрањено је креирати кривична дела и казне за њих путем аналогије. Инкриминације и казне се не могу заснивати на неписаном праву. Такође кривични закон мора имати висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни.[2] Принцип законитости остварује се и кроз захтев да се одреде ближа правила за одмеравање казне, да се још више прецизирају сви услови одговорности и кривице учиниоца, као и услови за изрицање кривичних санкција и њихове границе, да се што прецизније дефинишу сви основни појмови и институти који се примењују у кривичном праву.

С друге стране, принцип индивидуализације казне подразумева прилагођавање казне учиниоцу кривичног дела, али и конкретним околностима кривичног дела, како би се у што је могуће већој мери остварила сврха кажњавања. Полазна основа за судско одмеравање казне је кривично дело и степен кривице, као личне, субјективне одговорности учиниоца за учињено дело. Међутим, само законско истицање специјалне превенције као сврхе кажњавања, указује на то да је и личност учиниоца, сама за себе, независно од дела и кривице, самостални чинилац при судском одмеравању казне. Суд приликом одмеравања казне има првенствено у виду кривично дело, кривицу, али и учиниоца. Дакле, сам учинилац је околност која битно утиче на одмеравање казне, као одређена личност-индивидуа. Због тога за одмеравање казне могу бити меродавни и лични фактори који се тичу учиниоца, а који не стоје ни у каквој вези са кривичним делом, ако су значајни за одређивање казне на линији специјалне превенције.

Полазећи од основних циљева поменутих принципа произилази да је задатак суда да из правних одредница у законском опису кривичног дела препозна и утврди подударност неког понашања с тим описом и да од законом прописаних казни одмери управо за то понашање

[2] Норме кривичног права морају бити прецизне у највећој могућој мери, што се посебно односи на оне норме којима се креирају конкретне инкриминације и прописују казне за њих. Интерес правне сигурности у тако важној области правног система налаже доследно избегавање у кривичном праву тзв.генералних клаузула и уопште норми које су недовољно одређене и прецизне. Начелно се сматра да што је значајније одређено кривично правно питање, одређеније и прецизније мора бити регулисано у кривичном закону. Вид. М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 72 81.

потребну и одговарајућу врсту и висину кривичноправне принуде садржане у казни. Тиме суд правно обликује конкретно кривично дело, као јединство његовог оствареног описа и стварно примењене казне. Индивидуализацијом казне суд прилагођава казну учиниоцу уз уважавање критеријума и вредности који су истакнути у закону. Међутим, у том процесу одлучивања долази до преплитања принципа законитости (као једног формалног начела чији је један од циљева да гарантује стриктну примену закона) и принципа индивидуализације казне, који оставља суду широк простор при одлучивању о врсти и висини казне. Он објективно омогућава да на овом подручју кривичног права у знатној мери дођу до изражаја судске оцене и ставови. При томе, суд применом принципа индивидуализације казне, наравно, не може изаћи из општих оквира које поставља принцип законитости у односу на прописану врсту и висину казне за одређено понашање за које је утврђено да представља кривично дело учињено са потребним обликом виности, али је значајно за судску одлуку о казни колико простора за индивидуализацију казне сам закон оставља унутар граница тог подручја и у којој мери је у тим оквирима судска пракса уједначена у складу са постављеним захтевима начела законитости.

Приликом примене законских одредби о одмеравању казне и принципа индивидуализције казне, сагледавајући различите животне ситуације, суд „разлаже" и прилагођава поједине законом прописане околности релевантне за одмеравање казне конкретним околностима датог случаја. Одредбе о одмеравању казне нису тако формулисане да намећу и осигуравају обавезно њихову јединствену примену. Најважније норме заправо су норме – смернице, тако да више указују на чињенице које суд мора узети у обзир при одлуци о казни, него што саме диктирају одређени резултат, одређену оцену (на пример, однос степена кривице и висине казне, или које околности оценити као отежавајуће односно олакшавајуће, како ценити личност учиниоца као околност при одмеравању казне и др.).[3] Одмеравање казне је питање примене права у коме суд има знатан простор за процену.

У кривичном материјалном праву постоје понекад случајеви који се своде на одговарајућа тумачења по сличности, те се као такви приближавају аналогији и на њу асоцирају, али се не ради о правним празнинама, већ је у питању посебна законодавна техника упућивања на одређену сличност приликом формулисања кривичноправне норме. Постоје случајеви и када се одређене радње дефинишу само на релативно уопштен начин, при чему се изједначавају са другим прецизније одређеним радњама. Неспорно је да суд приликом тумачења оваквих норми, односно њиховом применом на конкретан

[3] Д. Кос, „Институт ублажавања казне у процесу њезине индивидуализације", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* 2/2003, 429.

случај, мора резоновати по „принципу сличности“, али не међу нормама, већ у односу на одређене конкретне животне радње.[4]

При процени околности које утичу на врсту и висину казне, један од прихваћених начина је аналитичко-синтетички метод. То значи да би суд на основу општег утиска, полазећи од прописане казне, требало да дође до једне полазне основе, до неке просечне, оријентационе казне, коју би затим могао повећати или снизити након пажљивог појединачног вредновања сваке олакшавајуће и отежавајуће околности. При томе, на коначну казну би у највећој мери утицала друга фаза, тј. вредновање сваке појединачне околности.[5] У том смислу судска одлука о казни истовремено је и чин примене права, али и чин вредносног оцењивања датих околности. Законитост никад не удовољава унапред постављеним циљевима, али готово увек представља брану самовољи и произвољности. Своју кохезиону снагу законитост никад не поседује сама од себе, јер никад у потпуности не траје као део правне свести појединца, већ своју снагу добија у име прокламованих друштвених вредности.[6] У судској одлуци о казни, се не ради ни о слободној дискрецији, нити о некој арбитрарној одлуци, већ о коришћењу законских овлашћења, везаних увек у крајњој линији, уз одређени материјални пропис.

2. ОКОЛНОСТИ РЕЛЕВАНТНЕ ПРИ ОДМЕРАВАЊУ И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈИ КАЗНЕ

За судско одмеравање и индивидуализацију казне посебно је важно питање које околности суд може узети као релевантне приликом одмеравања казне и какав је њихов утицај на избор санкције и меру санкције у оквиру широких законских могућности. Суд при одмеравању казне односно при њеној индивидуализацији има у виду: кривично дело, учиниоца и кривицу, границе прописане казне, остварење сврхе кажњавања и олакшавајуће и отежавајуће околности. Када је у питању оцена личности учиниоца, већ у оквирима кривице узимају се у обзир, као околности релевантне за индивидуализацију казне, бројни моменти субјективне природе, везани уз процес настајања воље за извршење дела и манифестације те воље у вези са извршеним делом. Индивидуализацијом казне и оценом конкретних олакшавајућих и отежавајућих околности, казна се усаглашава степену слободне воље коју је учинилац испољио у извршењу кри-

[4] М. Шкулић, 73 74.

[5] З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2009, 213.

[6] М. Митровић, „Начело законитости“, *Анали Правног факултета у Београ ду* 1 2/2003, 57.

вичног дела, као и свим објективним околностима које карактеришу учиниоца и конкретно дело.

2.1. Степен кривице

Кривица захвата читаву субјективну страну понашања учиниоца, које је квалификовано као кривично дело. Приликом утврђивања степена кривице узима се у обзир и сам учинилац у мери у којој се његова личност изразила у конкретном делу. У тим границама, за степен кривице, а тиме и за казну, релевантне су све субјективне околности које се у датој ситуацији односе на дело и учиниоца, све оно што је значајно за унутрашњи став учиниоца према делу. Кривица је сложена и комплексна категорија, а њену структуру чине три компоненте, и то: урачунљивост, умишљај и нехат и свест (или дужност и могућност свести) о противправности.[7]

2.1.1. Урачунљивост

Урачунљивост је неопходна претпоставка или обавезан елеменат кривице и представља способност учиниоца за кривицу. Урачунљивост подразумева постојање способности расуђивања и способности одлучивања. По правилу, полази се од претпоставке урачунљивости и она се у конкретном случају утврђује само онда када се појави сумња да је реч о неурачунљивом учиниоцу, што значи да се тада не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост.[8]

Између душевне поремећености која доводи до неурачунљивости и здравог душевног стања, налазе се многа прелазна стања, те иако у овим случајевима постоји урачунљивост у кривичноправном смислу, ипак таква стања утичу на оцену степена кривице. Ако се искључи битно смањена урачунљивост као основ ублажавања казне, остала прелазна стања између потпуне урачунљивости и потпуне неурачунљивости, могу да буду од великог значаја у оквиру општих правила о одмеравању казне. [9] Учинилац који је дело извршио у стању битно смањене урачунљивости одговара за кривично дело учињено са умишљајем, али и за кривично дело учињено из нехата,

[7] Дати начин законског дефинисања кривице је последица прихватња психолошко нормативних теорија кривице, што је у систему кривичног права од не посредног значаја како за решавање кривичноправних питања тако и дејства правне заблуде, према: Н. Делић, „Теорије кривице и кривичноправни значај правне забលу де“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања*, II део, Београд 2008, 171 191.

[8] Н. Делић, „Свест о противправности као конститутивни елемент кривице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 171.

[9] Ј. Таховић, *Кривично право општи део*, Савремена администрација, Бео град 1961, 331.

када закон предвиђа одговорност и за тај облик виности. Тако је у пресуди Окружног суда у Београду Кж. 1765/01 оцењено да: „институт битно смањене урачунљивости не искључује умишљај као психички однос оптуженог према делу, па је стога могуће поступати са умишљајем и у стању битно смањене урачунљивости“.[10] С обзиром на блажу одговорност учиниоца са битно смањеном урачунљивошћу, потребно је утврдити да ли је одређени душевни поремећај имао утицаја на предузимање конкретне радње, која је инкриминисана као кривично дело.

2.1.2. Виност

Умишљај и нехат су и два појавна облика кривице, односно два различита степена кривице, јер у основи умишљај значи свесно кршење друштвених норми и отворено супротстављање основним друштвеним вредностима. Сходно томе, кривично право врши и одговарајуће социјално-етичко вредновање и правно га артикулише на тај начин што умишљајном и нехатном извршиоцу упућује прекор различите тежине.[11] Умишљај и нехат чине садржину кривице, али се одређени њихови сегменти појављују већ на нивоу предвиђености у закону, тј. обухваћени су бићем кривичног дела.[12]

Са становишта оцене степена кривице приликом одмеравања казне битно је да суд не сме учиниоцу као отежавајућу околност узети умишљај као облик виности с којим је кривично дело учињено, ако је управо тај облик виности обележје кривичног дела за које га оглашава кривим (принцип забране двоструког вредновања исте околности). Тако је у пресуди Савезног суда Кзс. 12/99 наведено да суд: „не може да узме у обзир приликом одмеравања казне оне околности које су елеменат бића кривичног дела или су квалификаторне околности или су по самој природи учињеног дела у њему садржане, јер су оне већ узете у обзир при прописивању казне за то кривично дело од стране законодавца“.[13] У судској пракси се веома често и сам начин извршења дела дела повезује са степеном кривице. У пресуди Врховног суда Србије Кж. 1766/03 је оцењено да „испољена бруталност и прекомерна примена силе при извршењу разбојништва над оштећним брачним паром посебно, с обзиром на њихову старост,

[10] Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1765/01 од 27.11.2001 и пресуда Другог Општинског суда у Београду К. 1232/00 од 26. 6. 2001, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2010.

[11] Н. Делић, 171.

[12] З. Стојановић, 116.

[13] Пресуда Савезног суда Кзс.12/99 од 22.12.1999 и пресуда Општинског суда у Босилеграду К.39/97 од 28.2.1999, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

при чему су их оптужени прво претукли и оборили на под, ударали пушком и пуцали поред њих – указује на повећану друштвену опасност оптужених као извршилаца кривичног дела и већи степен њихове кривице“.[14]

Иако наше кривично законодавство познаје само наведене облике виности, укупно понашање учиниоца у које се теоретски може сврстати и *dolus praemeditatus*, тзв. предумишљај, такође може бити основ за оцену степена кривице одређеног учиниоца. Према ставу судске праксе, зрело и дуготрајно размишљање, односно одлучивање о извршењу кривичног дела, излази изван нужних оквира самог умишљаја, тј. свести о свом делу и његовом хтењу и указује на већи интензитет злочиначке воље код учиниоца и одлучности за извршењем кривичног дела, као и на већи степен кривичне одговорности таквог учиниоца, па та околност долази у обзир као отежавајућа околност при одмеравању казне.

2.1.3. Свест о забрањености дела

Свест о противправности дела је самостални елемент кривице који се претпоставља и чије се постојање не мора утврђивати у сваком конкретном случају. Слично као и код урачунљивости, овде се полази од оборивe претпоставке да она постоји. Свест о противправности је самостална компонента кривице и њено постојање или одсуство нема значаја за постојање умишљаја или нехата. Наиме, свест о противправности је знање учиниоца да својом радњом чини нешто забрањено и разликује се од интелектуалног елемента умишљаја који се састоји у свести о битним обележјима бића кривичног дела. Зато се прво утврђује да ли је учинилац поступао са умишљајем, а након тога и да ли је постојала свест о противправности.[15]

Правна заблуда подразумева непостојање свести о томе да се чини кривично дело. Код лица која се налазе у правној заблуди нема свести о кривичној противправности.[16] Правна заблуда се под одређеним условима сматра основом који искључује кривицу, а самим тим и постојање кривичног дела. Међутим, и даље постоји могућност да учинилац који није знао да је дело забрањено ипак буде оглашен кривим, у случају да је утврђено да је био дужан и да је о овоме могао да има сазнање. Отклоњива правна заблуда остаје у оквирима кажњивости. У вези са тим се каже у литератури, да „ако дело не представља, само повреду права него је истовремено

[14] Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1766/03 од 24.12.2003. и пресуда Окружног суда у Београду К. 527/03 од 7.7.2003, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

[15] Н. Делић, 172.

[16] З. Стојановић, 132.

и повреда моралног поретка, заблуда о противправности је по правилу отклоњива, јер правно вредновање произилази непосредно из правног и моралног осећања и оно се зато додатним напором савесности, лако спознаје".[17] С друге стране, протек времена ће бити од малог или готово никаквог утицаја на кривична дела неспорне легитимности, међу која се првенствено убрајају кривична дела којима се инкриминишу акције усмерене против вредности које сматрамо универзалним.[18]

2.2. Побуде из којих је дело учињено

Побуде из којих је дело учињено захватају унутрашњи субјективни део личности учиниоца, као унутрашњи покретачи за конкретну криминалну делатност. Побуде из којих је дело учињено добијају посебан значај и предмет су оцене суда у случају поврата. Извршење кривичних дела из истих побуда не мора бити повезано са истоврсношћу учињених кривичних дела, јер и различита кривична дела могу да буду учињена из истих побуда, као што и истоврсна кривична дела могу да буду учињена из различитих побуда. Судска пракса, међутим, показује да учиниоце који понављају кривична дела исте врсте најчешће покрећу и исте побуде и у највећем броју случајева поврат доводи и до изрицања строжих казни учиниоцима у односу на казне за раније извршена кривична дела. Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж.792/91 од 31.1.1992. године наведено да је: „оптужени вишеструки повратник, који континуирано у временском раздобљу дужем од десет година врши кривична дела против имовине. На њега нису васпитно деловале вишегодишње казне затвора на које је осуђиван и које је издржао, што указује да се ради о учиниоцу веома високог степена друштвене опасности".[19]

2.3. Јачина угрожавања или повреде заштићеног добра

Јачина угрожавања или повреде заштићеног добра се у судским одлукама у највећем броју случајева цени кроз обим и интензитет последице проузроковане радњом учиниоца кривичног дела. Иако се ради о једној објективној околности, интензитет последице сагледан с аспекта учиниоца и његовог конкретног доприноса њеном настајању је битна чињеница за индивидуализацију казне. У законским описи-

---

17 H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 5. Auflage, Berlin 1996, 345.

18 М. Мајић, „Начело легалитета нормативна и кутурна еволуција" (I део), *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 44.

19 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривично правне материје*, Службени гласник, Београд 1994, 35.

ма последичних кривичних дела захтева се, осим радње учиниоца, наступање и какве законом одређене последице на објекту радње. Пошто законски описи само појединих кривичних дела познају последицу као своје законско обележје, узрочна веза између радње и последице представља категорију која се и у разматрању конкретног случаја испитује у оквиру елемената предвиђености у закону. Ово испитивање се врши утврђивањем да ли је у спољном свету конкретно наступила последица према времену, простору и начину, узрочно повезана са радњом учиниоца.[20] Узрочност се не посматра кроз збир свих услова последице – узрок последице је сваки појединι услов, иако је до посматраног исхода дошло њиховим заједничким дејством.[21] У решењу Врховног суда Југославије Кж. 36/68 је наведено да: „Узрочност као објективна веза између радње и последице постоји у кривичноправном смислу не само онда кад инкриминисана радња представља непосредан услов забрањене последице, већ и у случају кад је ова радња заједно са радњом других лица или условима друге врсте допринела наступању забрањене последице тако да се појављује као њен узрок".[22]

2.3.1. Тежина кривичног дела

Закон је у облику висине прописане казне дао општу оцену о значају повреде заштићеног добра обухваћеног у законском опису сваког кривичног дела, али кривично дело може имати интензитет опасности који је нужан за постојање кривичног дела, а да тај интензитет буде различит с обзиром на јачину угрожавања и повреде заштићеног добра.[23] Тако је у пресуди Окружног суда у Нишу, Кж. 2055/2007 наведено да: „јачина повреде заштићеног добра, не може имати карактер отежавајуће околности уколико у смислу чл. 54, ст. 3 Кривичног законика нанета тешка телесна повреда, као обележје кривичног дела, не прелази меру која је потребна за постојање овог кривичног дела".[24] Такође, у оквиру исте последице дела (угрожавања или повреде), интензитет последице може бити различит у односу на различите субјекте кривичног дела, што зависи од тога да ли је наступила мања или већа опасност за повреду правног добра које је нападнуто кривичним делом. Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж. I. бр. 588/2007 наведено да: „за оптуженог као извршиоца кри-

[20] И. Вуковић, „Примена теорије еквиваленције у кривичном праву појединa питања", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 47.

[21] C. Roxin, 294.

[22] *Збирка судских одлука*, Службени лист СФРЈ, бр. 3/1969, 134.

[23] Ј. Таховић, 330.

[24] Пресуда Окружног суда у Нишу Кж. 2055/2007 од 25.3.2008, Правна база *Paragraf Lex* 2009.

вичног дела тешке телесне повреде квалификоване смрћу, учињеног на мах представља отежавајућу околност, то што је жртви нанео већи број тешких телесних повреда опасних по живот и што жртва због високог степена алкохолисаности није била у могућности да се брани од напада“.[25]

2.3.2. Прибављена противправна имовинска корист или висина причињене штете

Кроз јачину угрожавања или повреде заштићеног добра се веома често сагледава и вредност прибављене противправне имовинске користи или висина причињене штете, као објективне околности која битно утичу на одмеравање казне, када су у питању кривична дела код којих је прибављена противправна имовинска корист односно причињена штета битно обележје дела, тј. у случајевима када су у питању кривична дела код којих је вредносни елемент обележје дела, те се штета проузрокована њиховим извршењем може новчано изразити. На пример, заједничка карактеристика кривичног дела крађе, разбојништва, разбојничке крађе, утаје, преваре, изнуде, уцене, је да се врше у намери прибављања противправне имовинске користи, а која намера је уско повезана са објектима ових дела, јер су то по правилу предмети који имају материјалну вредност, тако да се њиховим одузимањем или присвајањем остварује нека материјална корист.

2.3.3. Тежина последице која погађа учиниоца кривичног дела

Иако је јачина повреде или угрожавања заштићеног добра околност објективне природе, она изузетно може бити сагледана и са субјективног становишта кроз однос између проузроковане последице и учиниоца дела (чл. 58, ст. 2 КЗ[26]). Постојање овог специфичног основа, који може проузроковати ослобођење од казне или неограничено ублажавање исте, мотивисано је многобројним животним ситуацијама које изазивају тешке последице за самог учиниоца дела, када се показује неоправданим изрицање било какве казне. У којој мери последице дела тешко погађају учиниоца и да ли ће последица дела бити основ за ослобођење од казне или ублажавање, зависи од оцене сваког конкретног случаја. Тако је у пресуди Врховног војног суда II К. 89/89 од 28.3.1989 године, оцењено да: „постојање сродничких односа, само по себи није довољан елемент посебног основа за ослобођење од казне у смислу чл. 45 КЗ СФРЈ (сада чл. 58, ст. 2

[25] Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 588/2007 од 26.4.2007, Правна база *Paragraf Lex* 2009.

[26] Кривични законик   КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05 и 72/09.

КЗ), ако уз то не постоје блискост и емотивне везе, које би указивале на тешку погођеност учиниоца последицом кривичног дела“.[27]

2.4. Околности под којима је дело учињено

Околности под којима је кривично дело извршено могу бити различите по природи и карактеру дејства, па оне могу имати карактер отежавајућих или олакшавајућих зависно од сваког конкретног случаја.

2.4.1. Околности субјективне природе

Посебно су значајне све околности које се тичу личности и понашања учиниоца, и то како околности које су постојале пре извршења дела, тако и за време извршења дела, а значајне су за конкретан случај. То су пре свега околности које се тичу учиниоца дела, његовог односа према жртви, разна психичка стања учиниоца, интерперсонални односи, итд. У пресуди Врховног суда Србије Кж. 1538/99 је оцењено: „да је оптужени показао упорност у припремању и планирању кривичног дела, те да је злоупотребио поверење оштећене која га је пустила у свој стан као школског друга своје млађе сестре и понудила му кафу, па када се за тренутак удаљила из просторије у којој су седели, сипао је у кафу оштећене припремљене таблете бенседина, те је оштећена не очекујући тако нешто попила кафу и убрзо након тога изгубила свест, што је оптужени искористио да јој одузме златну наруквицу, па је њеним присвајањем себи прибавио противправну имовинску корист, употребом силе према оштећеној“.[28] Такође се као субјективне околности дела могу узети у обзир и све околности које карактеришу начин извршења дела (свиреп, подмукао, дрзак и др.), а налазе се ван бића самог кривичног дела, све то у складу са поменутим принципом забране двоструког вредновања исте околности релевантне за одмеравање казне. Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж. бр. 490/02 оцењено да: „када је оптужени извршио кривично дело отмице, из чл. 64, ст. 2 КЗС (сада чл. 134 КЗ) тако што је према оштећеној употребио силу, физички је малтретирао, претио јој убиством, а све то је трајало два дана, та околност (дужина трајања противправног стања) се има узети као отежавајућа околност приликом одмеравања казне оптуженом“.[29]

[27] Т. Крсмановић, *Кривично право у пракси*, Пословни биро, Београд 2002, 140.

[28] Пресуда Врховног суда Србије Кж.1538/99 од 30.12.1999 и пресуда Окруж ног суда у Београду К.216/99 од 2.7.1999 године, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

[29] Пресуда Окружног суда у Чачку К.57/01 од 2.10.2001. године и пресуда Врховног суда Србије Кж.490/02 од 25.10.2002, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

2.4.2. Околности објективне природе

Околности под којима је дело учињено могу бити и објективне природе: место (на јавном скупу, у судници, пред децом и др.), време (у некој критичној ситуацији као што је пожар, или поплава), средства, начин и природни услови под којима је дело извршено као што су: слаба видљивост, време ратног или ванредног стања, а под условом као и у претходном случају да наведене околности не чине битно обележје предметног кривичног дела. Да би једна одређена околност, која је ван личности учиниоца (објективна околност), могла бити цењена приликом одмеравања казне, учинилац је мора бити свестан.

2.4.3. Околности извршења дела у случају поврата

Суд ће посебно ценити да ли се ради о истим или сличним околностима под којима је учинилац и раније чинио кривична дела, као и да ли је учинилац свесно користио односно стварао сличне околности које погодују извршењу кривичних дела као и приликом ранијих извршења, посебно имајући у виду време извршења дела, место, начин извршења, временске прилике, дневне или ноћне услове, предмете извршења дела и сл., па ће и с тог аспекта ценити и истрајност и упорност учиниоца у вршењу кривичних дела. Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж. 56/06 од 23.2.2006. године оцењено да: „када се учиниоцу суди за кривично дело силовања отежавајућу околност представља његова ранија осуђиваност између осталог и два пута за истоврсно кривично дело као и његов ранији живот, који се огледа у чињеници да је дело извршио у време када још није била правноснажна пресуда којом је осуђен за кривично дело силовања“. У образложењу пресуде је наведено: „да утврђене околности указују да се ради о личности која не прихвата норме друштвеног понашања и која је склона насилном понашању“.[30]

2.5. Ранији живот учиниоца

Ранији живот учиниоца указује на његову личност и животну оријентацију. Кроз ову околност се испољава однос учиниоца дела према друштвеним и моралним нормама односно вредностима.

2.5.1. Ранија осуђиваност односно неосуђиваност учиниоца

Ранија осуђиваност се по правилу сагледава и склопу околности наведених у случају поврата из чл. 55 КЗ. Међутим, ранија осуђиваност не мора сама по себи одмах и одредити ранији живот учиниоца као отежавајућу околност. Потребно је узети у обзир

[30] Пресуда Врховног суда Србије Кж.56/06 од 23.2.2006. и пресуда Окруж ног суда у Шапцу К. 69/05 од 14.9.2005, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

целокупан живот учиниоца и све личне и породичне прилике које могу објаснити одлуку за извршење кривичног дела. Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж. 405/05 заузет став да: „ранији живот оптуженог упућује на склоност ка вршењу кривичних дела, када му је као малолетнику прво изречена васпитна мера појачаног надзора због кривичног дела тешки случајеви разбојништва, а годину дана касније изречена васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом због кривичног дела тешка крађа“.[31] Ранија неосуђиваност се најчешће цени као олакшајућа околност у судским одлукама и то кроз сагледавање ранијег општег позитивног држања и владања учиниоца. Тако, ако је учинилац дела имао примеран живот, тј. ако није кажњаван, ако је добар радник, добар отац породице, ако је лично поштен и цењен у средини у којој живи, онда те околности указују да се не ради о личности која је морално девијантна и социјално неприлагођена и да се применом блаже казне може постићи сврха кажњавања.

2.5.2. Животно доба учиниоца

Године живота пунолетног учиниоца кривичног дела могу имати утицај на његов кривичноправни третман и имати значај олакшавајуће околности, нарочито ако је у питању млад човек, који је тек ступио у пунолетство, а ради се у целини гледано о позитивно оријентисаној личности. Ово произилази из становишта да млада личност која се тек формирала показује мању одређеност према догађајима у спољном свету него зрела личност, те да оцена такве личности не би требала бити иста као када се ради оцени сличних понашања зрелог човека, јер постоји претпоставка да зрела личност треба са већом одговорношћу да приступа предузетим радњама. Наведене околности свакако представљају значајне моменте, доступне утврђивању од стране суда, а подобне да се једна личност млада по годинама процени и утврди да ли још има карактеристике недозреле личности и колико осцилира од просечне зреле личности.[32] Тако је у пресуди Врховног суда Србије Кж. 702/01 од 26.6.2001. оцењено да „када млађи пунолетник буде осуђен, као олакшавајућа околност може се ценити мишљење вештака психијатра о физичком и душевном развоју оптуженог, да је неискусан и поводљив“.[33]

[31] Пресуда Врховног суда Србије Кж. 405/05 од 21.4.2005. и пресуда Окруж ног суда у Београду К. 428/04 од 24.9.2004, Правни и пословни информациони си стем *Intermex Indok*, 2009.

[32] В. Брановачки, „Примена члана 41 КЗ СРЈ у пракси судова,“ *Билтен Врхов ног суда Србије*, Београд 4/1994, 5 13.

[33] Пресуда Врховног суда Србије Кж. 702/01 од 26.6.2001. и пресуда Окруж ног суда у Београду К.516/00 од 7.2.2001, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

2.6. Личне прилике учиниоца

Личне прилике учиниоца представљају околности везане за услове у којима живи и ради учинилац кривичног дела, при чему за одмеравање казне могу бити меродавни и лични фактори, који се тичу учиниоца, а који не стоје ни у каквој вези са кривичним делом. Тако је у Решењу Окружног суда у Београду Кж. 2096/05 наведено да се: „под личним приликама учиниоца подразумевају околности везане за прилике у којима учинилац живи, здравствено стање учиниоца, његово старосно доба, породичне прилике, број чланова породице, нарочито деце и њихово старосно доба и здравствено стање, економско стање породице, инвалидност учиниоца или његових чланова породице итд“.[34]

2.6.1. Породичне прилике учиниоца

Породичне прилике учиниоца подразумевају околности у којима живи учинилац кривичног дела, те у том смислу суд и разматра односе између родитеља и деце, издржавање чланова породице, да ли се ради о малолетној деци, какве је економска ситуација домаћинства, да ли би изрицањем прописане казне за малололетно дете наступиле посебно тешке околности, здравствене прилике чланова домаћинства, стамбене и социјалне услове у којима живи породица учиниоца, однос учиниоца према породици, његово учешће у животу породице, бригу о другим члановима. У пресуди пресуди Врховног суда Србије Кж. 756/01 од 13. 12. 2001. године оцењено је да: „околности да је оптужени емотивно нестабилна личност, да оца који га је напустио одмах по рођењу никада није видео и да је део свог живота провео у Дому за незбринуту децу, без могућности позитивне идентификације са оцем, представљају особито олакшавајуће околности“. Такође, у пресуди Врховног суда Србије Кж. I.1083/98 од 3.12.1998. године је оцењено да: „чињеница да је окривљени одрастао у неповољним породичним приликама, јер је дете разведених родитеља, као и његова изражена спремност да приступи лечењу од зависности од наркотика, односно да је томе већ приступио, представљају, поред осталих неспорно утврђених чињеница, олакшавајуће околности на страни окривљеног“.[35]

2.6.2. Особине личности учиниоца

Нека лична својства, такође, могу имати посебан значај у процесу одмеравања казне. У пресуди Врховног суда Србије, Кж. I

[34] Решење Окружног суда у Београду Кж.2096/05 од 20.10.2005 и пресуда Другог Општинског суда у Београду К. 1903/03 од 5.7.2004, Правни и пословни ин формациони систем *Intermex Indok*, 2009.

[35] Пресуда Врховног суда Србије Кж.I.1083/98 од 3.12.1998, Правна база *Paragraf Lex* 2009.

219/2007. је оцењено да: „особине личности оптуженог, односно неспособност за суштински доживљај кривице и кајања, индиферентност према другим људима и њиховим потребама и непоштовање важећих друштвених норми и вредности – представљају отежавајуће околности за оптуженог као учиниоца кривичног дела тешко убиство“. У образложењу исте пресуде је такође наведено да је: „вештачењем карактеристика и структуре личности утврђено да оптужени није склон, нити способан за суштински доживљај кривице и кајања, да је емоционално индиферентан према другим људима и њиховим потребама, да нема респекта према важећим друштвеним нормама и важећем вредносном систему, нити уважава општеприхваћена правила понашања, да је његово понашање под утицајем унутрашњих подстицаја и тежњи да задовољи своје потребе без одлагања, да је учињено дело својствено његовој личности, али да се може очекивати да ће и у будућности његово понашање бити у нескладу са законским нормама, што указује на већи степен друштвене опасности дела и учионица“.[36]

2.7. Држање учиниоца после учињеног дела

Држање учиниоца после учињеног дела је веома значајна околност приликом утврђивања врсте и висине казне, јер се на основу ње може утврдити став учиниоца према извршеном делу и однос према друштву и његовим вредностима, што може бити цењено и као олакашавајућа и као отежавајућа околност. Разликују се три врсте околности везане за понашање учиниоца после извршеног кривичног дела, те се оно може приликом одмеравања казне посматрати с три аспеката, и то као: понашање непосредно после извршеног кривичног дела, где је ово везано за саму радњу извршења и указује на степен кривице учиниоца, понашање после протека дужег времена, што не утиче на кривицу (која се утврђује у време извршења дела), али има улогу у процењивању специјално превентивног дејства изречене казне, а треће је понашање у кривичном поступку, где посебан значај има признање учиниоца, накнада штете и однос према оштећеном. [37]

2.7.1. Признање кривичног дела и кривице од стране учиниоца

Посебан значај при одмеравању казне има признање из кога произилази да је мотивисано утврђивањем истине, прихватањем кривице и одговорности за наступеле последице, као и спремношћу да се у мери у којој је то могуће отклоне или умање штетне последице

[36] Пресуда Врховног суда Србије Кж.I. 219/2007 од 13.2.2007, Правна база *Paragraf Lex* 2009.

[37] П. Новоселец, *Опћи дио казневог права*, Загреб 2004, 403.

дела. У судској пракси преовладава мишљење да је потребно вршити вредновање и ове околности. Тако је у пресуди Окружног суда у Београду Кж. 276/04 од 12.2.2004. године оцењено да се: „околност да је окривљени признао извршење кривичног дела не може оценити као особито олакшавајућа околност, када је окривљени најпре негирао извршење кривичног дела за које је оглашен кривим, потом мењао исказ током поступка, јер је и из других доказа утврђено да је окривљени извршио кривично дело“.[38]

С друге стране, непризнавање, негирање кривичног дела и кривице од стране учиниоца се не може узети као отежавајућа околност, јер је то начин обране и у супротном би то значило ограничење права оптуженог на одбрану. У пресуди Врховног војног суда II К број 44/87 од 10.3.1987. године је наведено да се: „потпуно или делимично негирање извршења кривичног дела не може ценити као отежавајућа околност без обзира што је тиме проузроковано знатно одуговлачење трајања кривичног поступка и прикупљање већег броја доказа“.[39] Исто тако, у судској пракси долази до изражаја и став као у пресуди Окружног суда у Београду Кж. 191/93 да се: „неизражавање кајања учиниоца не може ценити као отежавајућа околност“.[40]

2.7.2. Држање учиниоца на главном претресу

У једном делу судских одлука као околност од значаја за одмеравање казне, и то најчешће као олакшавајућа околност, цењено је држање учиниоца на главном претресу. Ако се оно односи искључиво на поштовање реда у судници, примање позива и сл., то не би могло представљати околност од значаја за одмеравање казне, јер је то и иначе обавеза окривљеног, као и свих учесника у кривичном поступку. Међутим, добро држање учиниоца пред судом и уопште у кривичном поступку може бити значајна околност за одмеравање казне уколико је иста цењена и сагледана кроз однос учиоца према кривичном делу и оштећеном, као што је признање кривичног дела, искрено кајање, изражавање жаљења што је дошло до кривичног дела и уопште у пружању помоћи суду да се лакше дође до материјалне истине.

[38] Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 276/04 од 12.2.2004. године и пре суда Петог општинског суда у Београду К.589/03 од 24.9.2004. године, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

[39] Пресуда Врховног војног суда, II К.44/87 од 10.3.1987. године, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

[40] Пресуда Окружног суда у Београду Кж.191/93 од 14.5.1993. и пресуда Пе тог општинског суда у Београду К. 321/92 од 9.11.1992. године, Правни и пословни информациони систем *Intermex Indok*, 2009.

2.7.3. Кајање учиниоца због учињеног кривичног дела

При оцени кајања као олакшавајуће околности потребно је да суд процени да ли је кајање израз стварног личног доживљаја и схватања кривичног дела од стране учиниоца или је исто дато само у жељи да се проузрокује блажа осуда. Искрено кајање учиниоца је важан показатељ да је учинилац увидео негативности свог понашања и да се може очекивати постизање сврхе кажњавања и применом блаже казне. Посебан значај има оно кајање које је кумулирано са признањем и активним помагањем учиниоца при разјашњењу одређене кривичне ствари, надокнадом штете или помоћи жртви кривичног дела.

2.8. Однос учиниоца према жртви кривичног дела

У погледу односа учиниоца према жртви дела, посебан значај добијају институти стварног кајања и поравнања учиниоца и оштећеног, из којих произилази да би за доношење одлуке о кривичној санкцији и решавање одређеног кривичноправног случаја, велики утицај могао имати однос учиниоца према жртви кривичног дела. Тиме је околностима које се по правилу цене као држање учиниоца после извршења кривичног дела, дат посебан и нарочит значај која се огледа у односу према жртви дела. Може се прихватити да би „отклањање последице" значило практично неутралисање оног стања које је створено извршењем кривичног дела. У случају поравнања учиниоца и оштећеног, иако закон не предвиђа изричито садржину споразума, односно о чему је тачно потребно да се споразумеју учинилац и оштећени, већ само уопштено наводи да је потребно да је учинилац на „основу постигнутог споразума са оштећеним испунио све обавезе из тог споразума", сама природа законског института и његов назив „поравнање учиниоца и оштећеног", указују да би се могло радити о споразуму који представља неки облик обештећења жртве.

3. ЗАКЉУЧАК

Преглед најзначајнијих елемената за одмеравање казне у нашој судској пракси указује на то у коликој се мери настоји да се изрицањем казне (и касније њеним извршењем) она прилагоди личности учиниоца, а у складу са постављеним циљевима сврхе кажњавања. Суд мора водити рачуна о свим околностима које утичу на врсту и висину казне и прилагођавати казну посебним карактеристикама учиниоца и посебним околностима кривичног дела. Приликом одмеравања казне за суд су најпре меродавне околности које

се односе на кривично дело са његовим субјективним и објективним компонентама, као и околности које се односе на учиниоца. Правилно одмеравање и индивидуализација казне имају за циљ и да мере кривичноправне заштите буду такве да што је могуће мање задиру у права и достојанство човека, а да остваре сврху кажњава, што све, дакако, није увек лако остварити. Судска одлука о казни истовремено је чин примене права, али и чин вредносног оцењивања датих околности, чему знатно може доприносити уједначавање судске праксе, у складу са постављеним захтевима начела законитости. Због тога је одмеравање казне један од најделикатнијих задатака сваког судије, јер она има велики значај како за учиниоца кривичног дела коме је изречена, тако и за ширу јавност и друштво у целини.

Dijana Janković, M.A.

Judge
High Court, Niš

DETERMINATION AND INDIVIDUALIZATION OF CRIMINAL PUNISHMENT IN SERBIAN LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

Summary

After a person is convicted of a crime, the appropriate legal punishment is determined at the sentencing phase. When the judge has discretion to determine the punishment, a number of factual mitigating circumstances, such as no history of criminal conduct, or the fact that the offender committed the crime when under great personal stress, may move him to impose a lighter sentence. On the other hand, aggravating circumstances, such as a previous record of the same type of offense, or the way a crime was committed, can compel a judge to determine a harsher punishment. The main focus of this article is relevance of different factors in the sentencing phase of criminal proceedings. The author analyses not only the existing legislation, but also a vast number of court decisions, with the aim of determining the ways in which various elements influence determination and individualization of punishment before Serbian courts.

Key words: *Determination and individualization of punishment. – Mitigating and aggravating circumstances. – Fault. – Perpetrator.*

ЗАКОНОДАВСТВО

Др Дамјан Татић

Комитет УН за права особа са инвалидитетом
ddtatic@EUnet.rs

Јелена Котевић

Министарство за рад и социјалну политику Републике Србије
kotevicj@minrzs.gov.rs

ПРИСТУПАЧНОСТ: ПРАВНИ ОКВИР ЗА СЛОБОДУ КРЕТАЊА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

Приступ физичком окружењу за особе са инвалидитетом представља предуслов за остваривање слободе кретања. Правило 5 Стандардних правила Уједињених нација за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом и Конвенција о правима особа са инвалидитетом детаљно уређују мере које би државе требало да предузму како би особама са инвалидитетом осигурале приступачност.

Устав Републике Србије забрањује дискриминацију на основу физичког и психичког инвалидитета (чл. 21) и гарантује слободу кретања. Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом предвиђа да ускраћивање приступа објектима од јавног интереса, јавним површинама и услугама намењеним јавности представља незаконити акт дискриминације. Закон о планирању и изградњи прописује обавезну примену стандарда приступачности приликом планирања и изградње објеката високоградње јавне и пословне намене и стамбених и пословно стамбених зграда са 10 и више станова, као и санкције за инвеститоре који не поштују поменуте стандарде. Аутори указују на добар нормативни оквир, али и на важност његове пуне имплементације, која још увек изостаје. Ефикасно спровођење одредби поменутих прописа изискује концентрисане и континуиране напоре и рад већег броја друштвених актера.

Кључне речи: *Особе са инвалидитетом. Приступачност. Стандарди приступачности. Изједначавање могућности. Недискриминација.*

1. УВОД

Људска права су универзална и недељива, припадају свим људским бићима. Тако и особама са инвалидитетом припадају сва основна права и слободе која су гарантована општим документима о људским правима.[1] Између осталих права, припада им и слобода кретања, гарантована у чл. 13 Универзалне декларације о правима човека и чл. 12 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Приступ физичком окружењу за особе са инвалидитетом представља предуслов за остваривање слободе кретања. Пошто су се особе са инвалидитетом суочавале са препрекама приликом остваривања тих права, под окриљем Уједињених нација усвајају се разни акти којима се уређују механизми и дају смернице како да се права која припадају особама са инвалидитетом остварују у пракси. Од специфичних докумената Уједињених нација о мерама за остваривање права особа са инвалидитетом најзначајнији су Стандардна правила УН за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом и Конвенција о правима особа са инвалидитетом. Од прописа Републике Србије правни оквир за слободу кретања особа са инвалидитетом пружају Устав Републике Србије, Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, Закон о уређењу простора и изградњи и Правилник о условима пројектовања и планирања везаним за несметано кретање деце, старих, инвалидних и хендикепираних лица, као и Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Србији 2007–2015. године. У припреми је нацрт Закона о кретању слепих особа уз помоћ пса водича.

Приликом разматрања концепта приступачности, неопходно је имати у виду да се под тиме не подразумева само приступачност физичког окружења, већ и приступачност јавног превоза, информација и комуникација, услуга намењених јавности, итд.[2] Ипак, за потребе овог рада фокус анализе биће усмерен на питања приступачности физичког окружења и јавног превоза пошто су она блиско везана са питањем слободе кретања, док би приступачност информација и комуникација требало посматрати у контексту слободе мишљења и изражавања и права да се примају, шире и преносе информације.

---

[1] Д. Татић, *Заштита људских права особа са инвалидитетом*, Службени гласник, Београд 2008, 53.

[2] О праву на приступачност се мало писало и у светској литератури. На *SSRN* могуће је пронаћи само један рад који нешто више говори о овим проблемима, вид. Pendo, E., „A Service Learning Project: Disability, Access and Health Care“, *Journal of Law, Medicine and Ethics* 38/2010, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 1625947.*

2. ДОКУМЕНТИ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

2.1. Стандардна правила за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом

Генерална скупштина УН усвојила је 1993. године Стандардна правила УН за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом. Влада СРЈ потписала је овај акт 1995. године, па су Стандардна правила УН тако постала и део унутрашњег правног система наше земље. Стандардна правила представљала су моралну и политичку, али не и правну обавезу за земље чланице Уједињених нација које су их изгласале или су им приступиле. Ипак, протоком времена, Стандардна правила постала су део међународног обичајног права, пошто је више десетина држава инкорпорирало одредбе Стандардних правила у своје унутрашње правне норме-законе и друге прописе. И Република Србија унела је значајан део Стандардних правила у текст Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, укључујући и одредбе о приступачности, дајући им законску снагу обавезности.

Правило 5. Стандардних правила УН предвиђа да државе треба да предузму мере како би физичко окружење учиниле приступачним особама са инвалидитетом и омогућиле им приступ информацијама и комуникацијама. Мере за обезбеђивање приступачног физичког окружења обухватају усвајање стандарда и смерница, доношење закона који ће уредити приступ стамбеним, јавним зградама, јавном превозу и јавним површинама. Државе треба да обезбеде да архитекте, инжењери и други стручњаци ангажовани на пројектовању грађеног окружења буду упознати са стандардима приступачности и да ти стандарди чине саставни део процеса планирања сваког објекта од самог почетка. У складу са начелом да особе са инвалидитетом треба да буду укључене у све процесе доношења одлука које се тичу тих особа, Правило 5 предвиђа да државе треба да консултују организације особа са инвалидитетом у процесу стварања приступачног физичког окружења. Ипак, анализа извештаја које су чланице Уједињених нација 2004. и 2005. поднеле Известиоцу УН за Стандардна правила, показују да се одредбе Правила 5 нису довољно примењивале у пракси.[3]

2.2. Конвенција о правима особа са инвалидитетом

Конвенција о правима особа са инвалидитетом први је међународни уговор о људским правима усвојен под окриљем Уједињених

[3] *Global Survey on Government Action on the Implementation of the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, Aman 2006, 39 41.

нација у новом миленијуму. Конвенција је ступила на снагу 3. маја 2008. године. До 20. новембра 2010. године Конвенцију је ратификовало 96 држава чланица Уједињених нација, а 147 земаља ју је потписало. Опциони протокол уз Конвенцију је ратификовало 60 држава чланица Уједињених нација, а 90 га је потписало. Србија је потписала Конвенцију и Опциони протокол уз њу 17. децембра 2007. године.[4] Народна скупштина Републике Србије усвојила је 29. маја 2009. године Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом [5] и Закон о потврђивању Опционог протокола уз Конвенцију о правима особа са инвалидитетом,[6] чиме су ова два међународна уговора постали правно обавезујући документи који се могу непосредно примењивати у Србији. После протека рока од дана депоновања ратификационих инструмената код Генералног секретара Уједињених нација прописаног Конвенцијом, Конвенција је почела да делује као међународни уговор између Србије и других страна уговорница 31. јула 2009. године.

Конвенција о правима особа са инвалидитетом не ствара нова права за ове особе. Она само предвиђа мере које треба предузети како би особе са инвалидитетом у пракси остваривала она права и слободе које им, као свим људским бићима, већ припадају, природна права и слободе, потврђене инструментима Уједињених нација о људским правима.[7] „Сврха Конвенције је да промовише, штити и осигура пуно и једнако уживање свих људских права и основних слобода од стране особа са инвалидитетом и да промовише поштовање њиховог урођеног достојанства“ (чл. 1). Показало се да је, упркос иницијално испољеној скепси,[8] Конвенција у релативно кратком року прихваћена као важан правни акт од великог броја држава.

Конвенција детаљно уређује питање приступачности физичког окружења. Приступачност је једно од основних начела на којима Конвенција почива.[9] Она у чл. 9 предвиђа да ће ради омогућавања самосталног живота и пуног учешћа особа са инвалидитетом у свим сферама живота, државе стране уговорнице предузети одговарајуће мере да особама са инвалидитетом обезбеде приступ, равноправно са другима, физичком окружењу, превозу, информацијама и комуникацијама, укључујући информационе и комуникационе технологије и системе, као и другим погодностима и услугама које су отворе-

[4] Д. Татић, 95 96.

[5] *Службени гласник РС*, бр. 42/09.

[6] *Службени гласник РС*, бр. 42/09.

[7] Ј. Котевић, Д. Татић: „Конвенција о правима особа са инвалидитетом“, *Зборник XXI Копаоничке школе природног права* 4/2008.

[8] З. Радивојевић, Н. Раичевић: „Заштита особа са инвалидитетом у међународном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 98 115.

[9] Д. Татић, 98.

не односно које стоје на располагању јавности, како у урбаним тако и у руралним срединама. Те мере, које укључују идентификовање и уклањање препрека и баријера за приступ, односиће се, између осталог, и на зграде, путеве, превозна средства и друге погодности у затвореном и на отвореном простору, укључујући школе, стамбене објекте, здравствене објекте и радна места (одељак *а*). Поменуте мере односиће се и на информације, комуникације и друге услуге, укључујући и електронске услуге и хитне службе. Ова материја даље је детаљно уређена у чл. 9, ст. 2 Конвенције, кроз смернице за конкретне мере за стварање приступачног окружења.

3. ПРОПИСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

3.1. Устав Републике Србије

Устав Републике Србије,[10], потврђен на референдуму 27. и 28. октобра, а проглашен 8. новембра 2006. године, преузео је одредбе о заштити људских права из Повеље о мањинским и људским правима Србије и Црне Горе, укључујући антидискриминацијске одредбе. Устав Републике Србије гарантује једнакост грађана и штити их од дискриминације. Свако има право на једнаку правну заштиту. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, укључујући психичкои или физички инвалидитет (чл. 21). Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима. Осим тога, Устав у чл. 39 гарантује слободу кретања, која свакако представља право свих грађана.

3.2. Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом

Народна скупштина Републике Србије усвојила је на свом Другом редовном заседању 17. априла 2006. године Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.[11] Овај Закон уређује општи режим забране дискриминације по основу инвалидности, посебне случајеве дискриминације особа са инвалидитетом, поступак заштите особа изложених дискриминацији и мере за подстицање равноправности и социјалне укључености особа са инвалидитетом, као и санкције за неке од забрањених аката дискриминације.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом експлицитно *забрањује ускраћивање приступа* јавним објектима и

[10] *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

[11] *Службени гласник РС*, бр. 33/06.

површинама, одбијање пружања услуга које неко лице пружа у оквиру своје делатности или пружање исте услуге под неповољнијим условима особама са инвалидитетом (чл. 13–16). Лице које пружа поменуте услуге дужно је да изврши *потребне адаптације* како би учинило услугу доступном особи са инвалидитетом. Власник објекта у јавној употреби дужан је да изврши потребне адаптације. Предвиђа се да се ова материја даље технички уреди прописима из области изградње и планирања. Сразмерно повећање цене услуге, које би непосредно проистекло из повећања трошкова пружања услуге особи са инвалидитетом, неће представљати дискриминацију. Такође, Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом Србије предвиђа обавезу органа локалне самоуправе да предузимају мере за стварање приступачног физичког окружења за особе са инвалидитетом (чл. 33). Ова одредба ступила је на снагу 1. јануара 2007. године (чл. 53). Приликом тумачења ове одредбе закона не треба сметнути са ума да држава мора да пропише техничке стандарде приступачности, процедуре које ће се примењивати једнообразно у свим јединицама локалне самоуправе, као и санкције за оне који не поштују те стандарде. Ово је и учињено кроз Правилник о условима пројектовања и планирања везаним за несметано кретање деце, старих, инвалидних и хендикепираних лица (усвојен још 1997. године) и измене Закона о изградњи и планирању, које је Народна скупштина изгласала непосредно после усвајања Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, као и кроз нови Закон о уређењу простора и изградњи из 2009. године.[12] У упоредном праву забрана приступа јавним објектима и површинама, услугама намењеним јавности и јавном превозу се третира као недозвољени акт дискриминације.[13] И Европски суд за људска права се бавио питањем ускраћивања приступа јавним објектима: важнији случајеви су *Бота против Италије* и *Зехнал и Зехналова против Чешке Републике*.[14]

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом забрањује и дискриминацију по основу инвалидности у јавном превозу. Та дискриминација обухвата одбијање да се превезе особа са инвалидитетом, одбијање посаде превозног средства да таквој особи пружи физичку помоћ неопходну за превоз тим средством, уколико се тиме не угрожава безбедност саобраћаја, као и одређивање

[12] Ј. Котевић, Д. Татић, „Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом Републике Србије“, *Зборник XX Копаоничке школе природног права* 4/2007.

[13] За анализу прописа Аустралије, Филипина, Хонг Конга, Малте, САД и Велике Британије вид. више, T. Degener „Disabled Persons and Human Rights: The Legal Framework“, (eds. T. Degener, Y. Koster Dreese), *Human Rights and Disabled Persons*, Martinus Nijhoff, Dordrecht Boston London 1995, 93 94.

[14] Non discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners, (ed. K. Kitching), London 2005, 221.

неповољнијих услова превоза за особе са инвалидитетом (чл. 27). Превоз особа са инвалидитетом посебно адаптираним превозним средствима и вожња по повлашћеним ценама не чине акте дискриминације (чл. 28).

Закон предвиђа могућност судске заштите особа са инвалидитетом које су биле жртве дискриминације и детаљно уређује поступак подношења тужбе (чл. 40–45). Поступак се покреће тужбом коју подноси особа са инвалидитетом која тврди да је била жртва дискриминације или њен законски заступник. У случајевима дискриминације у области радних односа из чл. 21 и 22, тужбу може поднети и лице које живи са особом са инвалидитетом у домаћинству и трајно јој пружа физичку помоћ без надокнаде (чл. 42). Кровним Законом о забрани дискриминације из 2009. године, активна легитимација за подношење тужбе проширена је и на организације особа са инвалидитетом и невладине организације које се баве заштитом људских права.

У чл. 43 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом предвиђа се да се тужбом може тражити забрана извршавања радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења, односно понављања вршења радње дискриминације (одељак 1), уклањање последица дискриминаторског понашања (одељак 2), утврђивање да је тужени поступао дискриминаторски према тужиоцу (одељак 3) и накнада материјалне и нематеријалне штете (одељак 4). У поступку по тужби због дискриминације по основу инвалидности увек се може тражити ревизија (чл. 44). Тужилац у току судског поступка и после његовог окончања, а пре извршења пресуде, од суда може тражити да изда привремену меру забране дискриминаторског понашања ради отклањања опасности од насиља или настајања ненадокнадиве штете (чл. 45). Подносилац предлога за издавање привремене мере мора учинити вероватним да је мера потребна ради отклањања насиља, спречавања употребе силе или настанка ненадокнадиве штете, а суд по том предлогу мора одлучити у року од 48 часова од тренутка пријема предлога.

Од усвајања Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, у судској пракси се појавио релативно мали број случајева у којима се тражила заштита од дискриминације. Неке од малобројних тужби поднете су управо због дискриминације на основу инвалидности у областима приступа физичком окружењу и средствима јавног превоза. Подносилац тужбе у Новом Саду тужио је локалну самоуправу због неприступачности јавних површина. Првостепеном пресудом суд у Новом Саду одлучио је у корист туженог, а тужилац је поднео жалбу на пресуду. Другостепени поступак је у току. Тужиља у Београду тужила је „ЈАТ Ервејз“ због дискриминаторског обрасца те авио-компаније, по коме путник који га потпише аутоматски ослобађа

превозника било какве одговорности за евентуалну нанету штету и инсистирања особља те авио-компаније да особа са инвалидитетом не може да путује на лету „ЈАТ Ервејза", уколико је друга особа не прати. Овај спор још није окончан ни првостепеном пресудом.

3.3. Закон о уређењу простора и изградњи

Изменама Закона о изградњи и планирању из 2006. године, законодавац је коначно изричито прописао обавезу поштовања стандарда приступачности за нове објекте у јавној употреби, као и санкције (новчане казне) за инвеститоре који не поштују стандарде приступачности. Нови Закон о уређењу простора и изградњи из 2009. године,[15] уважио је тековине ранијег закона којима је гарантовано поштовање стандарда приступачности: Закон прописује обавезу пројектовања и градње објеката високоградње јавне и пословне намене и стамбених и пословно-стамбених зграда са 10 и више станова тако да се особама са инвалидитетом, деци и старим особама осигура несметан приступ, кретање, боравак и рад у њима (чл. 5). Закон дефинише стандарде приступачности (чл. 2) који се даље прецизирају подзаконским актом. Орган надлежан за издавање грађевинске дозволе доноси решење којим се одобрава отклањање препрека за особе са инвалидитетом (чл. 149). Прописана је казна од 100.000 до 500.000 динара за инвеститора који не поштује стандарде приступачности и казна од 10.000 до 50.000 динара за одговорног појединца.

У процесу усвајања закона, прихваћени су амандмани Покрета особа са инвалидитетом на чл. 156 и 157 о обавези извођача радова и инвеститора да поштује стандарде приступачности, али нису прихваћени предлози да се приликом издавања грађевинске дозволе и инспекције детаљније уреди обавеза поштовања стандарда приступачности, са образложењем да ће се та материја разрадити подзаконским актом. Међутим, тај акт који још увек није донет.

3.4. Правилник о условима пројектовања и планирања везаним за несметано кретање деце, старих, инвалидних и хендикепираних лица

Правилник о условима пројектовања и планирања везаним за несметано кретање деце, старих, инвалидних и хендикепираних лица,[16] детаљно уређује урбанистичко-технички услове за планирање јавних саобраћајних и пешачких површина, прилаза до објеката и пројектовање стамбених и објеката за јавно коришћење и посебних уређаја у њима којима се обезбеђује несметано кретање особа са инвалидитетом, деце и старих особа (чл. 1).

[15] *Службени гласник РС*, бр. 72/09.

[16] *Службени гласник РС*, бр. 18/97.

3.5. Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Србији 2007– 2015. године

Влада Републике Србије усвојила је 28. децембра 2006. године Стратегију унапређења положаја особа са инвалидитетом у Србији од 2007. до 2015. године.[17] Општи прокламовани циљ Статегије је унапређење положаја особа са инвалидитетом до позиције равноправних грађана са свим правима и одговорностима.[18] Задатак Стратегије и акционог плана јесте да дефинише циљеве, мере и активности које ће допринети уграђивању социјалног модела и приступа заснованог на људским правима у мере којима се дефинише положај особа са инвалидитетом у Србији. Стратегија дефинише шест општих циљева.

Пети међу тим циљевима је обезбеђивање приступа особама са инвалидитетом изграђеном окружењу, приступачном превозу, информацијама и комуникацијама, услугама намењеним јавностима. Ради остваривања овог циља предвиђа се да треба развити и реализовати план уклањања баријера и изградње приступачних објеката и услуга. Ради остваривања сваког од поменутих циљева Стратегија дефинише конкретне мере, а акциони планови даље уређују конкретне акције, носиоце тих акција, потенцијалне ресурсе и рокове за реализацију. Стратегијом је предвиђено доношење двогодишњих акционих планова, али због превремених парламентарних избора 2007. и 2008. године, Влада није усвојила Акциони план за 2007–2009. годину, иако је сачињен предлог Акционог плана за спровођење Стратегије у 2008. и 2009. години.

Ради реализације општег циља бр. 5, Стратегија предвиђа следеће посебне циљеве:

– Посебни циљ 13: Обезбедити да сви нови јавни и објекти отворени за јавност, саобраћајна инфраструктура и објекти у функцији превоза путника у свим гранама саобраћаја буду приступачни особама са инвалидитетом;

– Посебни циљ 14: Постепена и континуирана адаптација постојећих јавних објеката, саобраћајне инфраструктуре и превозних средстава у јавном превозу путника у свим гранама саобраћаја, како би постали приступачни особама са инвалидитетом;

– Посебни циљ 15: Обезбедити приступачност информација, комуникација и услуга, укључујући примену информацијских и комуникацијских технологија и других научних достигнућа ради стварања једнаких могућности и унапређења положаја особа са инвалидитетом.

---

[17] *Службени гласник РС*, бр. 1/07.

[18] *Три кључа за једнакост*, Министарство рада и социјалне политике и Про грам Уједињених нација за развој УНДП, Београд 2007.

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Људска права су универзална и недељива, припадају свим људским бићима. Тако и особама са инвалидитетом припадају сва основна права и слободе која су гарантована општим документима о људским правима. Између осталих права, припада им и слобода кретања, гарантована у чл. 13 Универзалне декларације о правима човека и чл. 12 Међународног пакта о грађанским и политичким правима права. Приступ физичком окружењу за особе са инвалидитетом представља предуслов за остваривање слободе кретања. Пошто су се особе са инвалидитетом суочавале са препрекама приликом остваривања тих права, под окриљем Уједињених нација усвајају се разни акти којима се уређују механизми и дају смернице како да се права која припадају особама са инвалидитетом остварују у пракси.

Међународни оквир за приступачност уређују Стандардна правила Уједињених нација за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом и Конвенција о правима особа са инвалидитетом. Од прописа унутрашњег права материју слободе кретања и гарантовања приступачности за особе са инвалидитетом уређују Устав Републике Србије, Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, Закон о уређењу простора и изградњи и Правилник о условима пројектовања и планирања везаним за несметано кретање деце, старих, инвалидних и хендикепираних лица, као и Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Србији 2007– 2015. године. Поменути прописи пружају адекватан прави оквир који гарантује слободу кретања особама са инвалидитетом, али је неопходно да се они доследно спроводе у пракси, што није увек случај. Ни судска пракса још није дала коначне одговора на малобројне спорове који су покренути тим поводом. Због тога је неопходно појачати надзор над спровођењем прописа и континуирано и систематично радити на подизању нивоа свести јавности, како опште тако и стручне. Организације особа са инвалидитетом, струковне асоцијације архитеката, урбаниста и инжињера, научно– образовне установе, извршни органи власти, како републички тако и органи локалних самоуправа, али и судови, морају да тешње сарађују на овим одговорним задацима, како би се особама са инвалидитетом омогућило да своју слободу кретања остварују у пракси, равноправно са свим осталим грађанима. И поред у основи добро постављене нормативе, без свестраног, координираног и искреног учешћа свих друштвених и државних актера, она неће дати задовољавајуће резултате у заштити права на приступачност и пуно остварење загарантоване слободе кретања особа са инвалидитетом.

Dr. Damjan Tatić

UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities

Jelena Kotević

Ministry of Labor and Social Affairs, Republic of Serbia

ACCESSIBILITY: A PRECONDITION FOR LIBERTY OF MOVEMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

Accessible physical environment and accessible public transport are preconditions for liberty of movement of persons with disabilities. Rule 5 of the UN *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, as well as Article 9 of the UN *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, prescribe that the states should recognize the importance of accessibility in the process of the equalization of opportunities, introduce programmes of action to make the physical environment accessible; and undertake measures to provide access to information and communication.

The Constitution of the Republic of Serbia prohibits discrimination on grounds of physical and intellectual disability and guarantees liberty of movement. The Law on Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities of the Republic of Serbia prescribes that denial of access to persons with disabilities to objects of public interest, public spaces, public transport and services opened to the public constitute illegal acts of discrimination. The Law on Urban Planning and Construction orders mandatory application of accessibility standards in planning and construction of all new public buildings and housing facilities, and imposes fines to investors that fail to comply with the standards. Efficient implementation of the aforesaid pieces of legislation should ensure full accessibility to physical environment and public transport to the persons with disabilities. However this will take a concentrated, continuous effort of all state and non-governmental actors.

Key words: *Persons with disabilities. – Access.– Accessibility standards. – Equality of opportunities. – Non-discrimination.*

Др Борис Беговић*
begovic@ius.bg.ac.rs

Douglass C. North, John J. Wallis, Barry R. Weingast, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 308.

Када се читалац суочи са насловом у коме се помиње (целокупна) писана људска историја и концептуални оквир за њену интерпретацију, прва реакција је неверица. Нема, међутим, места толикој скепси – иза тог наслова крије се ипак нешто скромнија амбиција аутора књиге да понуде давно очекивану и никад дочекану интеграцију економске и политичких наука и то на објашњењу, по њиховом мишљењу, централног питања људске заједнице, односно историје – питања контроле насиља.

Мало шта је остало од деветнаестовековних предвиђања о настанку једне, интегрисане друштвене науке. Економија и остале друштвене науке кренуле су током прошлог века путем драстичне специјализације и сада се, сасвим оправдано, поставља питање могуће интеграције, макар неких од друштвених наука, макар на појединим научним подухватима, попут објашњења начина на који друштва решавају свеприсутни проблем насиља. Аутори то интегрално објашњење сагледавају у институцијама, дакле правилима понашања, које спутавају насиље тако што појединцима стварају подстицаје да насиљу не прибегавају – прилично економски приступ примењен, додуше, на анализу друштвеног поретка.

Аутори полазе од налаза да су у људској историји постојале три врсте друштвеног поретка. Један се односи на период пре писане историје и припада малим заједницама људи ловаца-скупљача. Нестао је без историјског трага – њиме се баве археолози. Други је оно што аутори називају поретком „природне државе" – настао је пре пет до десет миленијума, у доба неолитске револуције, коју

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије.

опредељује настанак пољопривреде, односно земљорадње, одговарајуће повећање продуктивности услед друштвене поделе рада, стварање пољопривредног вишка и настанак сталних насеља, претеча градова. Економски историчари би настанак поретка природне државе свакако везали за успостављање тржишне размене, а аутори га описују као поредак у коме политички систем регулише економску конкуренцију тако да се ствара (економска) рента, принос који је изнад трошкова, а управо расподела те ренте уређује друштвене односе, условљава контролу насиља и омогућава да се успостави сарадња између појединаца. Поредак природне државе, сматрају аутори, и данас доминира светом и велика већина становника планете живи у друштвима тог поретка.

Коначно, почетком XIX века појављује се и трећа врста друштвеног поретка – поредак друштва отвореног приступа. Политички систем друштва отвореног приступа регулише економску и политичку конкуренцију тако што користи слободан улазак и конкуренцију да устроји друштвене односе. Овим постаје јасно како је једноставан налаз микроекономске теорије, према коме потпуно слободан улазак нових конкурената у грану елиминише сваку ренту и доводи до максимизације економске ефикасност, искоришћен за разматрање две врсте друштвеног поретка савременог света. Одатле, на нормативном плану, имплицитно произлази супериорност поретка друштва отвореног приступа. Не само да аутори себи постављају задатак да објасне логику једног и другог друштвеног поретка, него и да објасне како друштва прелазе из једног друштвеног поретка у други, при чему се разматра искључиво једносмерна промена на боље.

Аутори не сматрају да нуде пуну теорију, са свим њеним обележјима, него концептуални оквир за разматрање људске историје. Јасно је да се не ради о формалном моделу који се може емпиријски тестирати, односно на основу кога се могу изнети детерминистичке прогнозе о друштвеној промени. По мишљењу аутора, изазов је у томе да се објасни како се постојане и предвидљиве друштвене институције могу изборити с непрестаним, непредвидљивим променама света који их окружују. У којој мери су у овој књизи успели да одговоре том изазову? Идемо редом.

Логици поретка природне државе посвећена је велика пажња. Полази се од тога да се решавање Хобсовог проблема свеприсутног насиља крије у успостављању елите чији сваки припадник има истоветан сопствени интерес – да присваја ренту. За то је потребно да се створе баријере уласку (елита не треба да се шири, да се рента не би расула), а тиме се стварају подстицаји међу онима који чине ту елиту да се међусобно не сукобљавају, већ да поштујући једни друге, нарочито туђу својину, сарађују у томе да остану елита са свим својим

привилегијама. Кључ за све то је спречавање слободног уласка, како економског, тако и политичког – једино тако може да се контролише насиље, бар међу елитом. На политичком плану, кључ подстицаја елити да подржи овакав друштвени поредак лежи у привилегији да држава штити само оне који чине ту елиту и њихове организације (политичке, пословне или било које друге), док нико други нема такву заштиту.

У поретку природне државе доминирају персонализовани односи између оних који чине елиту, без обзира на то да ли су државна власт или не. Надаље, организације у таквом поретку су само продужене руке појединаца – када нестане појединац, нестаје и организација. Сходно наведеном, односи и организације у поретку природне државе неминовно су персонализовани. И ту почиње суштинско разликовање овог друштвеног поретка од друштва отвореног приступа. У потоњем, односи и организације су потпуно деперсонализовани. Појединац добија одређену услугу, на пример владавину права, односно заштиту својине, зато што на то као грађанин/поданик има право, а не због тога што неког познаје, односно што је са њим/њом изградио дуготрајан лични однос. Организације опстају не због тога што живе живот оснивача, него због тога што воде свој аутономни живот. Како друштва отвореног приступа решавају проблем контроле насиља, нарочито имајући у виду да су они који могу да контролишу насиље веома добро опремљени да га и чине? Тако што су: (1) војне и полицијске снаге (они који контролишу/чине насиље) у потпуности под контролом политичког система; (2) политички систем и играчи који су унутар њега су институцијама, односно подстицајима, спутани да противправно приступе насиљу; (3) политички играчи који желе да остану на власти морају да уживају општу подршку, односно да њихово понашање буде у складу са широким економским интересима. Из овог трећег услова се може сагледати и суштина друштва отвореног приступа: елиминисање баријера уласку на свим нивоима друштва. На политичком плану, то је друштво слободног уласка у политичку утакмицу за сваког појединца, групу или организацију и сваки сегмент политичког система, свако може да преиспита на начин који је у складу са уставним нормама. То значи да постоји снажна политичка конкуренција, односно конкуренција политичких идеја. На економском плану, то значи снажну конкуренцију схваћену као надметање учесника на тржишту која доводи до умањења, односно елиминисања ренти.

Како се започиње, односно остварује прелаз из једног поретка у други? Аутори наводе три кључна предуслова такве трансформације: (1) владавина права за елиту, што значи деперсонализацију односа унутар саме елите; (2) постојаност и деперсонализација организација

елите; (3) консолидована политичка контрола војних организација (укључујући и полицију). Очигледно је да деперсонализација, прво унутар саме елите, представља неминован корак ка трансформацији једног друштва у друштво отвореног приступа. А основу деперсонализације чини слободно тржиште које омогућава успостављање односа између непознатих људи који имају само један циљ – да разменом са другом страном увећају сопствено благостање. И није битно ко је та друга страна, будући да владавина права омогућава корекцију сваког кршења обавеза које произлазе из уговора на основу којег и долази до размене.

Због чега долази до овакве промене? Аутори се не упуштају у универзално објашњење, већ разматрају појединачне случајеве Велике Британије, Француске и САД. Иако на самом крају књиге наводе списак тема као предлог за даља истраживања, на њему се не налази тема узрока промене, односно питање због чега се, односно под којим околностима се елита одриче ренте, будући да дозвољава или иницира слободан улазак који ту ренту елиминише.[1] Помало разочаравајуће. Као што је разочаравајући и развучен, понекад чак и незанимљив начин излагања и вишеструко понављање раније већ изнетих теза. За оног ко се раније сусрео са неком од Нортових књига, оваква оцена не представља изненађење – изгледа да је Норт био „одлучујући" аутор у овом случају. Свежину и релевантност својих идеја (Нобелова награда, наравно, није случајна), тај аутор наплаћује тешком читалачком муком.

Један од приноса на ту муку је чињеница да књига нуди чврсте репере за сагледавање карактера друштвеног поретка у било којој земљи; Србија, наравно, није изузетак. Па онда читалац почиње да схвата последице тога што Србија по броју нових политичких улазака далеко заостаје за модерним светом, будући да се на домаћој политичкој сцени за десетак година какве-такве демократије појавило врло мало нових лица и нових организација – далеко више их се појавило у последњој деценији прошлог века. Практична корист ове књиге лежи у томе што нам омогућава да спознамо да још увек живимо дубоко у „природној држави", у којој чак ни за елиту нема владавине права. Све је персонализовано!

1 Теоријско решење овог проблема, додуше из другог угла, пре четири го дина понудили су D. Acemoglu, J. A. Robinson, *Economic Origin of Dictatirship and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Др Дејан Б. Ђурђевић*
djurdjevic.dejan@gmail.com

Rainer Hausmann, Gerhard Hohloch (Hrsg.), *Handbuch des Erbrechts*, 2. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2010, XLVII + 2189.

Појачано интересовање немачких правника за наследно право потакло је Рајнера Хаусмана (*Rainer Hausmann*), професора Универзитета у Констанцу и Герхарда Холоха (*Gerhard Hohloch*), професора Универзитета у Фрајбургу да приреде књигу у којој би на обухватан начин обрадили сва релевантна правна питања која се појављују приликом уређивања правних последица смрти физичког лица. Као резултат тог настојања, 2008. године појавио се *Приручник за наследно право*. Две године касније из штампе је изашло друго издање. У писању ове књиге, која на преко 2100 страница обрађује најразноврсније проблеме наследног права, поред редактора Хаусмана и Холоха учествовало је још 27 аутора. Највећи број аутора су универзитетски професори. Остали аутори су адвокати, нотари и асистенти на универзитетима.

Потреба за објављивањем приручника оваквог обима наметнута је великим практичним значајем који у Немачкој има наследно право. Важност наследног права редактори истичу већ у првим реченицама предговора, упућујући на статистичке податке из којих можемо сазнати: да се сваке године у Немачкој расправи између 800.000 и 850.000 заоставштина, да просечна нето вредност заоставштине износи 65.000 евра, а да држава на име пореза на наслеђе годишње наплати преко три милијарде евра.

Књига се састоји из седам делова, који су разврстани на главе (има их укупно 28) у оквиру којих се налазе уже деобне јединице. Да би се читаоцима олакшало сналажење у овако обимној књизи, на почетку се налазе преглед садржаја (*Inhaltsübersicht*) у коме су пописани само делови и главе, као и детаљнији садржај (*Inhaltsverzeihnis*),

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

из којег се може сазнати које уже деобне јединице постоје и где се налазе. Такође, испред сваке главе налази се потпуни садржај који се односи само на њу. На крају књиге дат је абецедни регистар.

Први део носи наслов „Основи (*Grundlagen*)" и подељен је на две главе. У првој, која је насловљена као „Увод (*Einführung*)" објашњени су основни појмови наследног права (наследно право у објективном и субјективном смислу, наслеђивање, отварање наследства, оставилац, наследник, заоставштина, наследни део), изложена су начела наследног права (приватноправни карактер наслеђивања, слобода тестирања, породичноправно наслеђивање, универзална сукцесија, *ex lege* наслеђивање), као и правна природа и значај уставне гарантије наслеђивања. Ова глава, чији је аутор Р. Хаусман, завршава се излагањем о наследивим и ненаследивим правним позицијама и освртом на последње реформе материјалног наследног права и ванпарничног поступка. Другу главу, која носи наслов „Стицање заоставштине и неспособност за наслеђивање (*Erwerb der Erbschaft und Ausschluss von der Erbfolge*)", написали су адвокати Г. Руби (*G. Ruby*) и Е. Урихер (*E. Uricher*). У овој глави обрађени су: способност за наслеђивање физичког и правног лица, однос различитих основа позивања на наследство, недостојност за наслеђивање, као и прихватање и одрицање од наследства.

На овом месту посебно се ваља осврнути на један одељак који је интригантан за немачку, али и српску судску праксу. Реч је о случајевима где након смрти поклонодавца његови наследници захтевају повраћај поклона, позивајући се на поклонопримчеву неблагодарност или на осиромашење поклонодавца. Овај одељак може бити занимљив и за наше правнике, будући да у Србији уговор о поклону није уређен законом. Наиме, када у првој глави говори о наследивости појединих овлашћења и обавеза, Р. Хаусман (стр. 33 и даље) посебну пажњу посвећује питању да ли наследници поклонодавца могу након његове смрти да захтевају повраћај поклона због осиромашења, с позивом на § 528 Немачког грађанског законика (*BGB*).[2] Он полази од тога да из циља ове одредбе, који се састоји у томе да се обезбеди примерено издржавање поклонодавца и њему блиских лица, проистиче да би право на повраћај поклона требало у основи да припада само поклонодавцу и да не прелази на његове наследнике. Међутим, Хаусман констатује, позивајући се на § 852

[2] § 528 BGB предвиђа да поклонодавац може захтевати од поклонопримца повраћај поклона уколико није у стању да за себе обезбеди примерено издржавање, односно уколико није у стању да извршава законску обавезу издржавања својих сродника, свог супружника или партнера из регистроване зајенице живота, одно сно супружника из претходног брака или партнера из раније регистроване заједнице живота.

Немачког законика о грађанском судском поступку (*ZPO*),[3] да право на повраћај поклона због осиромашења не представља „строго лично право" које би без изузетка било непреносиво и ненаследиво. Потребно је осигурати да само поклонодавац буде властан да одлучи да ли хоће да тражи повраћај поклона. Следствено томе, право на повраћај поклона због осиромашења може бити наследиво само онда када то није у колизији са поклонодавчевом слободом одлучивања. Тужба за повраћај поклона након смрти поклонодавца може се подићи и онда када је право на повраћај поклона уступљено установи социјалне помоћи или трећем лицу које је поклонодавцу обезбеђивало издржавање. Ако је поклонодавац поднео захтев за давање социјалне помоћи, то још увек не значи да ће установа социјалне помоћи моћи након његове смрти да захтева повраћај поклона; потребно је да јој право на повраћај поклона због осиромашења буде пуноважно уступљено. Уколико се поклонодавац задовољио мањим животним стандардом од оног који би себи могао да обезбеди на основу § 528 BGB и ако није сам подносио тужбу за повраћај поклона, нити је право на повраћај поклона уступио неком трећем, то значи да се он определио за то да не дира уговор о поклону. То његово опредељење треба поштовати и након његове смрти.

У другом делу изложени су законско наслеђивање (*Gesetzliche Erbfolge*) и нужни део (*Pflichtteil*). Глава посвећена законском наслеђивању, коју је написао је Р. Хаусман, почиње излагањима о односу законског и тестаментарног наслеђивања. Иза тога следе одељци у којима се обрађује законско наследно право крвних и адоптивних сродника (*Verwandtenerbfolge*), наследноправни положај супружника (*Ehegattenerbrechts*), наследноправне последице заснивања регистроване заједнице живота и положај државе као законског наследника. Главу у којој је обрађен нужни део написао је адвокат Н. Јоахим (*N. Joachim*). На почетку ове главе налазе се излагања о уставном јемству права на нужни део. У наставку су обрађена питања везана за то ко су повериоци и дужници нужног дела, како се одређује величина и вредност нужног дела и на који начин нужни наследник може да оствари свој нужни део који је повређен тестаментом, односно поклоном. У оквиру ове главе посебан простор је посвећен установама које ограничавају право на нужни део, и то: искључење из права на нужни део (*Entziehung des Pflichtteils*), лишење права на нужни део (*Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht*) и застарелост захтева за намирење нужног дела.

[3] § 852 ZPO у ставу првом предвиђа да потраживање нужног наследника под леже заплени само ако је признато споразумом или ако је тужба нужног наследника за исплату нужног дела достављена туженом (тј. ако је наступила литиспенденција у поступку за исплату нужног дела). У ставу другом предвиђено је да се ово правило односи и на право поклонодавца да захтева повраћај поклона због осиромашења.

Централну и најзначајнију целину у књизи представља трећи део у коме је обрађено вољно наслеђивање (*gewillkürte Erbfolge*). Састоји се из осам глава (5–13). У петој глави, чији је аутор нотар Р. Зигхертнер (*R. Sieghörtner*) излажу се основни проблеми везани за вољно наслеђивање, тестаментарна способност (*Testierfähigkeit*), принцип униперсоналитета (*Höchstpersönlichkeit*) и начело формализма. Шеста глава, коју је написала Е. И. Обергфел (*E. I. Obergfell*), доценткиња Универзитета у Констанцу, носи наслов „Тестамент". Међутим, у овој глави није обрађена целокупна материја тестаментарног права, већ само проблеми везани за састављање (редовне и ванредне форме) и опозивање тестамента. Седма глава посвећена је заједничком тестаменту. Аутор ове главе је нотар В. Лиценбургер (*W. Litzenburger*), који је изложио појам и карактеристике заједничког тестамента, правнополитичке циљеве овог института, начин састављања, форму, модалитете и правна дејства. У оквиру ове главе посебну пажњу привлачи одељак о тзв. „клаузулама поновног венчања (*Wiederverheiratungsklauseln*)." Реч је о одредбама у заједничком тестаменту које предвиђају да ће надживели супружник за случај склапања новог брака или регистроване заједнице живота морати да пренесе целокупно наследство или део наследства на треће лице (на пример, заједничку децу). Овај институт био је повод за бројне контроверзе у немачкој теорији и пракси. С једне стране он је користан јер штити потомке завештаоца од наследноправних ризика које са собом носи поновно венчање њиховог другог родитеља (на пример, да деца оставиоца не дођу у ситуацију да са очухом деле имовину коју је њихова мајка наследнила од свог првог супруга, тј. њиховог оца). С друге стране, таква одредба прети да угрози уставом загарантовану слободу склапања брака. У осмој глави, коју је написао нотар К. Кајм (*C. Keim*) изложен је уговор о наслеђивању. Девета глава се бави питањима тумачења, рушљивости, ништавости и неделотворности располагања за случај смрти. Одељак о тумачењу написао је А. Штаудингер (*A. Staudinger*), професор Универзитета у Билефелду, рушљивост тестамента је обрадила Е. И. Обергфел, док је Р. Зигхертнер аутор одељка о ништавости и неделотворности располагања за случај смрти. У десетој глави нотар А. Евертс (*A. Everts*) обрађује сва питања која се појављују у вези са постављањем наследника у тестаменту (*Erbeinsetzung*): изричито и прећутно одређивање наследника и наследних квота, прираштај у тестаментарном праву (*Anwachsung*), вулгарну супституцију (*Ersatzerbfolge*) и постављање наследника под условом (*Bedingte Erbeinsetzung*). Легат (*Vermächtnis*) и налог (*Auflage*) обрађени су у једанаестој и дванаестој глави, које је написала М. Веленхофер (*M. Wellenhofer*), професорка Универзитета у Франкфурту на Мајни. Део о вољном наслеђивању

завршава М. Авенариус (*M. Avenarius*), професор Универзитета у Келну, који у тринаестој глави обрађује под којим условима може да се одреди фидеикомисарна супституција (*Vor– und Nacherbschaft*) и какав је правни положај претходног (*Vorerbe*) и потоњег наследника (*Nacherbe*).

Четврти део посвећен је правним пословима који *stricto sensu* не представљају наследноправна располагања, али могу имати утицаја и на наследно право. Овај део књиге је подељен у три главе. У четрнаестој глави обрађени су правни послови за случај смрти, у које су убројани: поклон за случај смрти (*Schenkung auf den Todesfall*), уговор у корист трећег за случај смрти (*Vertrag zugunsten Dritter auf den Tod*), као и трансмортално и постмортално пуномоћје (*Trans– und postmortale Vollmacht*). Аутори ове главе су И. Цегун (*I. Czeguhn*), професор на Слободном универзитету у Берлину и А. Ретел (*A. Röthel*), професорка Правне школе Буцериус (*Bucerius Law School*) у Хамбургу, јединог приватног правног факултета у Немачкој. Петнаеста глава, коју је написао нотар Д. Вајдлих (*D. Weidlich*), намењена је уговору о одицању од будућег наследства (*Erbverzicht*), док је нотар Х. Келер (*H. Keller*) у шеснаестој глави обрадио продају наследства и наследног дела (*Erbschafts– und Erbteilsverkauf*).

У петом делу обрађена су питања која се односе на оставински поступак, обезбеђење и управљање заоставштином, као и на одговорност наследника за оставиочеве дугове. Састоји се из пет глава. У седамнаестој глави професор Универзитета у Вуперталу, К. Аренс (*C. Ahrens*) излаже оставински поступак, издавање и правна дејства наследничког уверења (*Erbschein*), наследноправни захтев (*Erbschaftsanspruch*) и примену принципа реалне суброгације у наследном праву (*Die Surrogation im Erbrecht*). Осамнаеста и деветнаеста глава, које је написао М. Лениг (*M. Löhnig*), професор Универзитета у Регенсбургу, посвећене су стараоцу заоставштине и извршиоцу тестамента. У двадесетој глави, професор К. Ан (*C. Ann*) са Техничког универзитета у Минхену детаљно ће обрадити наследничку заједницу (*Erbengemeinschaft*), да би Н. Јоахим у двадесетпрвој глави изложио проблематику одговорности наследника за оставиочеве дугове.

Шести део носи наслов „Посебни наследноправни проблеми (*Erbrechtiche Sonderprobleme*)". У оквиру овог дела професор Универзитета у Аугзбургу П. Киндлер (*P. Kindler*) и адвокат Д. Губиц (*D. Gubitz*) обрађују наслеђивање удела у привредним друштвима (глава 22), адвокат М. Краус (*M. Kraus*) излаже наследноправна питања везана за задужбине (глава 23), Р. Хаусман и адвокатица В. Хаусман (*V. Hausmann*) разматрају посебна правила везана за наслеђивање пољопривредног земљишта (глава 24). На крају овог дела адвокат

М. фон Савињи (*M. v. Savigny*) и асистент Д. Шојбле (*D. Schäuble*) обрађују судске и арбитражне поступке у наследноправним стварима (глава 25), а Г. Холох и асистент М. Хекел (*M. Heckel*) излажу материјално и процесно наследно право са страним елементом (глава 26).

Последњи део књиге посвећен је порезу на наслеђе и поклон. Састоји се из две главе. У двадесетседмој глави професор Универзитета у Фидрихсхафену Г. Јохум (*G. Jochum*) излаже порез на наслеђе и поклон у Немачкој, да би у двадесетосмој глави његов колега са истог универзитета Х. Вилмс (*H. Wilms*) обрадио оне делове међународног и европског пореског права који се односе на наслеђе и поклон.

Ова књига није намењена студентима – почетницима. Многим почетницима било би довољно да је погледају па да се обесхрабре и одустану од правних студија. Оваква капитална дела намењена су читаоцима који су већ упућени у наследно право, а то су адвокати, нотари, судије, порезници, итд. Таква намена утицала је на њен садржај. У овој књизи нису изложене само оне установе које су по својој правној природи наследноправне, већ су обрађена и питања која *stricto sensu* не спадају у наследно право, али се у пракси редовно појављују приликом расправљања грађанскоправних последица смрти физичког лица (на пример, порез на наслеђе, оснивање задужбина, постмортално и трансмортално пуномоћје, итд.).

Посебан квалитет оваквог дела огледа се и у томе што ставља посебан нагласак на тзв. саветодавни аспект правничке професије, који је посебно важан за адвокате и нотаре. Човек који хоће да утиче на то каква ће бити судбина његове имовине када умре, у овој књизи може да добије мноштво корисних савета – на пример, шта добија или губи ако се определи за састављање олографског или нотарског тестамента, или ако хоће све да остави потомцима, а да при том финансијски обезбеди жену, које су добре или лоше стране оптирања за фидеикомисарну супституцију (постављање жене за претходног, а деце за потоње наследнике) или легат плодоуживања на заоставштини. У овој књизи педантно и систематски су анализирани најразноврснији проблеми који су се појављивали или би се могли појавити у пракси. Своја излагања аутори су поткрепили великим бројем фуснота којима упућују не само на уџбенике и коментаре закона, већ и на монографије, чланке и, што је веома важно, на судске одлуке. Овакав приручник је користан јер је у њему у оквиру истих корица сакупљено мноштво информација и извора, тако да може да послужи као добро полазиште за продубљено проучавање појединих наследноправних питања, а практичарима ће бити поуздан ослонац када се сретну са наследним правом.

Др Дарко Симовић[*]
darkosimovic@gmail.com

Владан Петров, *Парламентарно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, стр. 200.

Након васпостављања парламентаризма у Републици Србији 1990. године несумњиво је да српску уставноправну науку обележава појачано интересовање за изучавање материје парламентарног права. Такав тренд у нашој уставноправној теорији несумњиво је последица уверења да представничко тело треба да добије значајнију улогу у политичком животу. Дакле, та потреба за афирмисање парламента као основне институције представничке демократије добила је свој одјек и међу конституционалистима који су, на тај начин, били подстакнути да овај сегмент уставног права посебно и продубљено изучавају у оквиру самосталне научне дисциплине. Поред монографских радова који су обрађивали само део парламентарноправне материје (поменимо само најзначајније: Д. Стојановић, *Правни положај посланика*, Ниш, 1999; В. Петров, *Сукоб домова у дводомном систему*, Београд, 2004) појављују се и два свеобухватна дела у овој области. Прво је уџбеник проф. др Маријане Пајванчић, а друго упоредноправна студија проф. др Ирене Пејић (М. Пајванчић, *Парламентарно право*, Београд, 2005; И. Пејић, *Парламентарно право: француски, немачки, британски, српски и пример Европског парламента*, Ниш, 2006). Ове године је наша уставноправна наука постала богатија за још једно вредно и свеобухватно дело из парламентарноправне области. Реч је о најновијој књизи доц. др Владана Петрова, *Парламентарно право*, објављеној у издању Правног факултета у Београду.

Без предговора или уводног дела у којима се аутори, по правилу, унапред и прикривено правдавају због (не)свесних пропуста или недостатака у својој књизи, аутор самоуверено и без показивања те врсте снисходљивости, материју парламентарног права систематизује у осам глава.

---

[*] Аутор је доцент на Криминалистичко полицијској академији у Београду..

Прва глава књиге посвећена је *појму и основним обележјима парламентарног права* (стр. 11–32). Постављајући темеље свог система парламентарног права Петров полази од најекстензивнијег приступа при одређивању предмета ове правне дисциплине. Наиме, по његовом мишљењу, парламентарно право треба да обухвата правна и неправна правила која се тичу парламента, али и његових односа са другим уставним институцијама. Нема дилеме да је парламент основна институција парламентарног права, но, ипак се не може пренебрегнути чињеница да постоје и друге институције које одређују облик и садржину парламентарног живота. Зато се ауторово полазиште изражава у опредељењу да је парламентарно право правна дисциплина чији је предмет проучавања (политички) парламент, тј. његови унутрашњи (већина – опозиција) и спољни односи (парламент – влада; парламент – шеф државе; парламент – уставни суд; парламент – јавно мњење итд.).

Разуме се, парламентарно право је само фрагмент уставног права, будући да је предмет његовог проучавања ужи. Ипак, парламентарно право је „секундарна грана права" која се, стичући самосталност, изборила за своје место под плаштом правне науке. Да парламентарно право није вештачка конструкција која се само номинално одликује самосталношћу у правној науци, Петров нас уверава установљавањем начела ове правне дисциплине која истовремено представљају битан оригиналан научни допринос. Тако, парламентарно право одликују: начело аутономије парламента, начело јавности рада парламента, начело слободе расправе, начело ефикасности рада парламента и начело већинског одлучивања и поштовања права мањина.

У другој глави књиге, насловљеној *Парламент као основна институција парламентарног права* (стр. 35–47), поред појмовног одређења парламента и природи овог рада примереног осврта у прошлост ради праћења еволуције ове политичке институције, Петров нас упознаје и са Народном скупштином у уставној историји Србије. Прилика је да се укаже да је такав модел излагања аутор следио кроз читав текст. Наиме, сваки институт парламентарног права је прво појмовно одређен, што често није нимало лак задатак, а затим приказан у историјској и упоредноправној светлости, уз, напослетку, детаљну анализу позитивноправних решења у Републици Србији.

Трећа глава књиге посвећена је *структури парламента* (стр. 51–69) у оквиру које су обрађена питања која се тичу броја чланова парламента и дилеме о једнодомности и дводомности представничког тела. Већ при анализи броја парламентараца уочљива је изузетна одмереност, будући да аутор не оптерећује текст претераним бројем информација упоредноправног карактера, које при то, по правилу, не доприносе квалитету текста. Петров брижљиво бира најупечатљивије

и најрелевантније примере из упоредног права које вешто уклапа у функцију онога о чему пише.

Након тога уследила је расправа о дилеми једнодомности или дводомности парламента, која није само теоријски занимљива будући да она „значи и одабир између две различите концепције демократије“. Разуме се, није изостало ни разматрање појма и облика дводомости, као ни проблема везаних за сукоб домова. Напослетку, аутор се осврнуо и на структуру парламента у Републици Србији и сасвим јасно изразио став да „историјски и друштвено-политички аргументи недвосмислено одређују једнодому структуру српског парламента“.

У четвртој глави књиге обрађени су *основни елементи правног положаја парламентараца* (стр. 73–103). Према мишљењу аутора, правни положај парламентараца одређен је првенствено: 1) природом парламентарног мандата; 2) парламентарним имунитетима; 3) парламентарним инкомпатибилитетом; 4) парламентарном накнадом. Читалац ове књиге ће сазнати да је Србија још Намесничким уставом од 1869. године, који се, истини за вољу, није могао сврстати међу најдемократскије европске уставе тога доба, установила слободан мандат представника. Нажалост, више од 140 година након таквог институционалног решења, Србија уз Украјину чини једине две чланице Савета Европе у којима је, према извештају Венецијанске комисије (Venice Commission, *Report on the Imperative Mandate and Similar Practices*, CDL-AD (2009)027), принцип слободног мандата озбиљно доведен у питање.

Пети део књиге, посвећен *парламентарним радним телима и парламентарним функционерима* (стр. 107–120), започиње анализом парламентарних одбора и кроз читаво излагање провејава став који је Вудро Вилсон, на примеру америчког парламента, сажето изразио следећим речима: „Конгрес у заседању је конгрес на јавној изложби, док је Конгрес у просторијама одбора, Конгрес који ради“. Када је реч о председнику парламента као највишем парламентарном функционеру, аутор указује да се у њему сједињују функције вође, руководиоца и председавајућег. „Он је ‘глава’ парламента, а парламент без председника или са недораслим председником је ‘обезглављени’ парламент“. Према томе, улога председника парламента илуструје принцип да демократије нема без вођства.

Шесту главу књиге посвећену *основним функцијама парламента и парламентарним поступцима* (стр. 123–166) аутор започиње излагањем о конституисању парламента, будући да се тек конституисањем „парламент од збира изабраних кандидата претвара у представничко тело са правним капацитетом да врши своје надлежности“. И на овом пољу није изостала аргументована и оправдана

критика позитивних уставних решења у Републици Србији. Наиме, поред тога што је уставотворац од 2006. године непотребно оптеретио уставни текст заграбивши и пословничку материју парламента, конституисање Скупштине је сведено на чин потврђивања посланичких мандата. Несумњиво је да се конституисање парламента састоји од неколико фаза, а то су по аутору: 1) потврђивање парламентарних мандата; 2) избор парламентарних функционера; 3) формирање парламентарних група; 4) формирање парламентарних одбора.

Када говори о функцијама парламента, аутор је своје излагање ограничио искључиво на две основне функције парламента: законодавну и контролну. Исписујући странице о законодавној функцији парламента он опомиње да тврдња да је парламент законодавац никада није одговарала правом стању ствари. Наиме, исправније је рећи да парламент дели функцију са другим субјектима који учествују у појединим фазама законодавног поступка (бирачи, влада, шеф државе, уставни суд). Контролну функцију парламента, као што је и уобичајено, аутор излаже кроз посланичка питања, интерпелацију и предлог за изгласавање неповерења влади.

Седма глава књиге посвећена је *односу између парламента и других државних органа* (стр. 169–193). У оквиру анализе односа парламента и органа извршне власти писац излаже вредне расправе о распуштању парламента и суспензивном вету. Ово дело приведено је крају анализом односа између парламента и независних државних органа који се могу сврстати у две групе: 1) органи који контролишу јавне трошкове (Државна ревизорска институција); и 2) органи који превасходно контролишу управу (Заштитник грађана).

С обзиром на малобројну академску заједницу конституционалиста, рећи да је Владан Петров један од најбољих познавалаца парламентарног права у нас није претерани комплимент. Ово дело, иако првенствено намењено широј читалачкој публици, из много разлога заслужује афирмативније речи. Наиме, исказану лакоћу изражавања, при чему читав текст представља једну савршено складну и компактну целину, могао је да има само неко ко суверено влада материјом о којој пише. Ипак, његова ерудиција на пољу парламентарног права није оптерећујућа. Он нема потребу да читаоца по сваку цену и на сваком кораку уверава у дубину и ширину свога знања.

Ко је брижљиво пратио досадашње научно стваралаштво овог аутора, може да закључи да је он у овој студији показао један нови, до сада неисказан, дар. Претходни текстови Петрова су препознатљиви по јасним и проницљивим мислима, али и по богатој реченици коју је често освежавао својом врцавом досетљивошћу у намери да своје излагање лиши сувопарности, те злехуде пратиље највећег броја правних текстова. Међутим, језик *Парламентарног права* је лаган и

лишен фраза, а реченица мирна, елегантна и сведена, без сувишних речи. На тај начин, аутор је показао да истовремено поседује врлине које треба да красе како конституционалисту-теоретичара, тако и будућег уставописца.

Изражавајући различите теоријске ставове кроз свој текст, Петров је готово све време неутралан и научно објективан, не допуштајући читаоцу да наслути какав је ауторов лични став о појединим спорним питањима парламентарног права. Не сервирајући одговоре, његово излагање делује подстицајно и инспиративно, јер многа отворена питања којим је парламентарно право бременито, изазивају читаоца да трага за адекватним решењима. Када износи различите теоријске ставове, Петров је одмерен, без претензије да наметне свој начин размишљања. Но, свом бритком критичарском перу писац допушта да дође до изражаја једино када анализира позитивна уставна решења у Републици Србији, јер са изузетном педантношћу указује на многе пропусте Митровданског уставотворца.

Најновијем делу Владана Петрова се нема шта одузети, а верујемо да се може доста тога придодати, јер је сасвим сигурно да он није рекао све што је могао. Наиме, имајући све време на уму публикум коме се обраћа, Петров је веома вешто лишио своје дело оних дубина кроз које шире читалаштво не би могло са лакоћом да се креће. Преостаје нада да ће у неком будућем издању ове студије Петров допустити своме перу да се размахне и да ће даривати нашу уставноправну науку *Парламентарним правом* у коме неће бити ограничен стегама које намеће потреба афирмисања једне релативно младе академске и педагошке дисциплине.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милош Миловановић

студент докторских студија
Правни факултет Универзитета у Београду
milos.milovanovic86@yahoo.com

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ *PRO ET CONTRA*

Споразум о признању кривице је нови правни институт који је уведен у наш кривични поступак Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 3. септембра 2009. године, а чија примена је почела 11. септембра 2009. године. Истини за вољу, свој деби овај институт је имао раније у Законику о кривичном поступку из 2006. године, али пратећи судбину овог законика који никада није ступио на снагу, ни овај институт се до сада није примењивао.

Како је ово потпуно нови институт у нашем праву, те практично још увек није ни почела његова шира примена, потребно је добро га размотрити. У раду се указује на његове предности и мане које су уочене кроз судску праксу држава које га већ дуго примењују, али и оне уочене анализом постојећих норми нашег права. Аутор критички вреднује изнете аргументе и указује на шта треба да се обрати пажња при примени овог института, те предлаже решења за правне ситуације које могу изазвати одређене проблеме у пракси.

Кључне речи: *Споразум о признању кривице. Кривични поступак. Људска права.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Споразум о признању кривице може се дефинисати као писани, слободни и добровољни споразум између јавног тужиоца, с једне, и окривљеног и његовог браниоца, с друге стране, којим окривљени потпуно признаје кривицу за једно или више кривичних дела за која се терети, а тужилац се за узврат обавезује на давање појединих уступака окривљеном који се тичу врсте и висине кривичне санкције

или одустајања од гоњења за поједина кривична дела која нису предмет оптужбе.[1]

У односу на пређашње регулисање овог института Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 3. септембра 2009. године, чија примена је почела 11. септембра 2009. године[2] (даље: ЗИД ЗКП) предвиђа неколико новина: (1) промењен је услов за примену овог института – ако се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до 12 година (раније казна затвора до 10 година); (2) рок за подношење писаног споразума је продужен – најкасније до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса (уместо најкасније до првог рочишта); (3) уведена је обавеза суда да постави браниоца по службеној дужности окривљеном уколико он сам не узме браниоца за рочиште на коме се одлучује о споразуму о признању кривице; (4) уведено је ново решење да, уколико суд донесе решење о одбијању споразума, судија који је донео то решење не може учествовати у даљем току поступка.

Овде треба напоменути да сем у редовном кривичном поступку споразум о признању кривице налази своју примену и у поступку за ратне злочине[3] (додуше под нешто другачијим условима), као и у прекршајном поступку[4] (где се, с обзиром на природу прекршајног поступка и постојеће санкције, може с правом запитати да ли му је ту место и да ли ће и какву примену имати у том поступку).

Овај институт води порекло из америчке судске праксе (познат као *plea bargaining* или жаргонски – *deal*), у којој се, према неким проценама, више од 90% предмета решава на тај начин.[5] Иако се у САД овај институт примењује већ више од 200 година, легитимитет му је први пут признат тек 1970. године од стране Врховног суда САД у случају *Brady v. United States*.[6] Интересантно је да овај спо-

[1] Вид. Д. Николић, *Споразум о принању кривице*, Ниш 2006; В. Бајовић, *Спо разум о признању кривице*, Београд 2008 (магистарска теза); S. Saltzburg, D. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*, Thomson West, St. Paul 2004[7], 1035.

[2] *Службени гласник РС,* бр. 72/09, у пречишћеној верзији ЗКП а глава XXа, чл. 282а 282д.

[3] Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС*, бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07 и 104/09 чл. 13б.

[4] Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 116/08 и 111/09 Глава XXVIIа, чл. 206а 206д.

[5] Током 2004. године 95,7 % случајева у САД решено је признањем кривице, при чему се верује да је више од 90% резултат споразума о признању кривице, нав. према В. Бајовић, 41 фн. 2.

[6] Доступно на: *http://supreme.justia.com/us/397/742/case.html*, 25. мај 2010. године.

разум не постоји у Великој Британији, али је законом из 1994. године формално легитимисано ублажавање казне онима који признају кривицу.[7] У Немачкој је пракса преговора и договора ван суднице била позната годинама као *absprache* или *verständigung*, али је споразум о признању кривице формално уведен у немачко кривично законодавство тек у августу 2009. године.[8] Према неким проценама у Немачкој се данас око 50% предмета реши неком врстом договора.[9] У Италији постоји овакав споразум који се назива *patteggiamento* и веома је сличан нашем решењу, док се у Француској користи један вид ограниченог споразума о признању кривице за лакша кривична дела (прописана новчана казна или затвор до пет година).[10]

2. АНАЛИЗА АРГУМЕНАТА

2.1. Аргументи у прилог споразуму о признању кривице

2.1.1. Бржи и ефикаснији кривични поступак

Нема сумње да овај институт смањује време трајања кривичног поступка, чиме се постиже растерећење правосуђа и омогућава судијама да узму у рад и реше већи број предмета, те да више времена посвете компликованијим случајевима. Он погодује и полицији и тужиоцима, јер више нису потребне детаљне припреме у погледу прикупљања, извођења и образлагања доказа. Према неким проценама, смањење стопе признања кривице у САД са 90% на 80% би захтевало удвостручење судског особља и капацитета, а смањење на 70% би утростручило те захтеве.[11]

У правном систему САД често се дешава да тужилац условљава свој пристанак уколико у споразуму не постоји „ставка“ у којој се истиче спремност окривљеног да се појави као сведок у поступку против других „озбиљнијих“ играча, чиме се степен ефикасности споразума преноси и на друге предмете. За разлику од овог решења,

---

[7] Вид. A. Ashworth, „Developments in the Public Prosecutor’s Office in England and Wales“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 3/2000, 278; P. Thomas, „Plea Bargaining in England“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2/1978, 172.

[8] Вид. М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије Измене и допуне Законика о кривичном поступку и одредбе Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима,* Београд 2009, 48; T. Swenson, „The German ‘Plea Bargaing’ Debate“, *Pace International Law Review* 373/1995, 373 429.

[9] В. Бајовић, 120.

[10] Д. Николић, 42 44.

[11] С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад 2004, 214.

наша пракса је заузела становиште да је забрањен тзв. „споразум о сведочењу", тј. да елемент споразума не може бити обавезивање окривљеног да сведочи против другог окривљеног. Овакво решење се може прихватити јер, с једне стране, проширује могућност за закључење споразума из перспективе окривљеног (сигурно је да ће тим пре окривљени прихватити споразум ако не постоји оваква обавеза), а с друге стране, спречава евентуалне злоупотребе (окривљени који је суочен с обавезом сведочења као условом за опстанак споразума може прибећи лажном сведочењу, како би испунио своју обавезу).

2.1.2. Економска исплативост

Сем времена, овај начин решавања предмета штеди и новац пореских обвезника, смањујући трошкове поступка (трошкови заказивања поступка, трошкови вештачења, трошкови доласка окривљеног и сведока и др.). Уштеда која се тиме постиже може се искористити за решавање осталих предмета, али и за повећање плата носиоцима правосудних функција.

Решавајући у случају *Santobello v. New York* (404. U.S. 257, 1971)[12] Врховни суд САД је, оправдавајући овај институт, изнео процену да би држава у случају забране овог института морала да утростручи како број судија, тако и правосудни буџет.

2.1.3. Користи за окривљеног

Често се поставља питање у чему је интерес окривљеног да преговара са тужиоцем о признању кривице када зна да ће му се и у случају обичног признања, и без било каквог договора, казна ублажити (У САД се законски умањује за два степена, а код нас је то само неизвесна могућност сходно чл. 56. КЗ-а[13]). Одговор у правном систему САД лежи у великим овлашћењима тужиоца приликом подизања и састављања оптужнице. Без договора са тужиоцем, окривљени може признати кривицу за дело које је стварно извршио, а у договору са тужиоцем он може признати кривицу за лакше дело од онога које је стварно извршио и за које га терети оптужни акт.[14] У нашем праву, пак, делује начело легалитета официјелног кривичног гоњења (чл. 20 ЗКП), сходно коме је јавни тужилац дужан да предузме кривично гоњење увек када постоји основана сумња да је одређено

[12] Доступно на: *http://supreme.justia.com/us/404/257/case.html*, 26. мај 2010. године.

[13] Вид. више у овом броју часописа Д. Јанковић, „Одмеравање и индиви дуализација казне у кривичном законодавству и судској пракси Републике Србије", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 371.

[14] В. Бајовић, 81.

лице извршило кривично дело за које се гони по службеној дужности, осим ако самим ЗКП-ом није другачије прописано. Управо један од тих случајева „када је самим ЗКП-ом другачије прописано", јесте могућност да се у споразуму о признању кривице окривљени и јавни тужилац сагласе о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице (чл. 282*б*, ст. 1, тач. 2 ЗКП). То ће бити обавезни елемент споразума једино када се ради о случају кривичних дела у стицају, где јавни тужилац одустаје у односу на неко или нека од тих кривичних дела, што значи да се у таквој ситуацији ради о посебном случају опортунитета кривичног гоњења.[15] У односу на та кривична дела, уколико споразум буде прихваћен, суд доноси одбијајућу пресуду, а оштећени у таквом случају нема право на супсидијарно кривично гоњење, тј. он не може постати оштећени као тужилац (чл. 282д, ст. 4 ЗКП).

Решење нашег законодавца, у случају постојања споразума о признању кривице, у чл. 282*б*, ст. 2 ЗКП прописује да казна по правилу не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет. Ипак, одличном одредбом става 3, омогућава се изрицање блаже казне, тј. казне испод законског минимума, када је то очигледно оправдано значајем признања окривљеног за (1) разјашњење кривичног дела за које се терети, а чије би доказивање без признања било немогуће или знатно отежано, (2) спречавање, откривање или доказивање других кривичних дела односно (3) због постојања нарочито олакшавајућих околности из чл. 54, ст. 2 КЗ-а (узимање у обзир имовног стања учиниоца при одмеравању новчане казне у одређеном износу).

2.1.4. Заштита права оштећеног лица

Усвојено решење нашег ЗКП које се тиче споразума о признању кривице штитити права оштећеног јер предвиђа: (1) да се о рочишту на коме се одлучује о споразуму о признању кривице обавештавају оштећени и његов пуномоћник (чл. 282в, ст. 5); (2) да се окривљени споразумом може обавезати да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету, под условом да је, с обзиром на природу обавеза, могуће да их окривљени испуни до подношења споразума суду, односно да до подношења споразума започне са испуњавањем обавеза (чл. 282*б*, ст. 4); (3) да ће суд образложеним решењем усвојити споразум о признању кривице само ако утврди да, између осталог, споразумом нису повређена права оштећеног (чл. 282в, ст. 8, тач. 5) и, можда најважније, (4) да се против решења суда о усвајању споразума о признању кривице

[15] М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009, 374.

може изјавити жалба у року од 8 дана од дана достављања решења, а могу је изјавити оштећени и његов пуномоћник (о жалби одлучује ванпретресно веће у чијем саставу не може бити судија који је донео решење које се побија жалбом, чл. 282г, ст. 2 и 3).

2.2. Аргументи против споразума о признању кривице

2.2.1. Супротност споразума Европској конвенцији о људским правима[16]

Овај аргумент је често оружје критичара овог института. То је, чак, био и један од главних разлога зашто предлог за увођење споразума о признању кривице није усвојен у Енглеској 1991. године.[17] Најчешће се говори о супротности са чл. 6 ЕКЉП који говори о праву на правично суђење, а које се у складу са ставом Европског суда за људска права израженом у случају *Deweer v. Belgium* конституише „од тренутка када се осумњичени званично обавести од стране надлежног органа да постоје наводи да је он починио кривично дело".[18] У оквиру права на правично суђење најчешће су истицани аргументи да се споразумом о признању кривице нарушава препоставка невиности (чл. 6, ст. 2 ЕКЉП), као и право на једнакост странака у коришћењу процесних права (чл. 6, ст. 3, тач. б ЕКЉП).

(а) Нарушавање претпоставке невиности може постојати једино у случају иницирања преговора за закључења споразума о признању кривице од стране јавног тужиоца. Како је то Европски суд за људска права истакао у случају *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*: „принцип претпоставке невиности захтева, између осталог, да у вршењу своје дужности чланови суда не треба да почињу од унапред створене идеје да је окривљено лице извршило дело за које се тужи".[19] Мислимо, пак, да овде тужилац само „основано сумња" (на бази расположивих доказа) да је окривљени крив, па се у том случају не може говорити о кршењу претпоставке невиности.

(б) Повреда права на једнакост странака у коришћењу процесних права може постојати уколико би окривљени који је пристао на закључење споразума био осуђен на блажу казну, а други окривљени, који није закључио споразум, а дело је учињено под идентичним

[16] Европска конвенција за за заштиту људских права и основних слобода је потписана у Риму 4. новембра 1950. године од стране министара држава чланица Савета Европе, а ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. Наша земља је рати фиковала ову конвенцију доношењем Закона о ратификацији од 26. децембра 2003. године, *Службени лист СЦГ*, бр. 9/03.

[17] В. Бајовић, 113 114.

[18] *Deweer v. Belgium*, 27 February 1980, § 46, Series A no. 35.

[19] *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, § 91, Series A no. 146.

околностима, буде осуђен у редовном поступку на знатно строжу казну. Овде се с правом може поставити питање да ли се ова разлика у погледу изречене санкције може посматрати као својеврсна казна за окривљеног који не пристане на закључење споразума, односно да ли је то бенефиција за оног ко га закључи, чиме се ова два лица стављају у неравноправан положај? Могло би се рећи да се овде не ради о кажњавању окривљеног само зато што није закључио споразум: окривљеном строжа казна није изречена из освете зато што је инсистирао на суђењу, већ зато што је та казна и иначе прописана, па је окривљени самим одбијањем закључења споразума пристао на могућност њеног изрицања. Њему није казна изречена зато што није признао кривицу већ зато што је прекршио закон.[20] Избор окривљеног између понуде тужиоца у споразуму и ризика суђења представља суштину споразума о признању кривице. Све док постоји могућност за закључење споразума (до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса), сви окривљени имају једнако право на коришћење овог процесног права, па ту не може бити речи о непоштовању права на једнакост.

Други вид нарушавања принципа једнакости странака може постојати у случају да тужилац приликом преговарања о споразуму не упозна одбрану са свим доказима с којима располаже. Он ће то најчешће учинити како би издејствовао веће уступке и како би истовремено имао веће шансе на суђењу ако не дође до споразума. Овакво понашање у пракси Европског суда за људска права није дозвољено. У случају *Jasper v. the United Kingdom* је истакнуто да „постоји обавеза тужилаштва и истражних органа да изнесу окривљеном сав материјал с којим располажу или им може бити на располагању, а који би могао помоћи окривљеном да се ослободи кривице или постигне смањење казне“.[21] Иако се наведени цитат из пресуде не односи директно на споразум о признању кривице, он довољно говори какав квалитет једнакости странака у преговарању ради закључења споразума се мора постићи да би овај принцип био испуњен. Испуњење овог принципа је нужно јер се по самој природи ствари у кривичном поступку не ради о равноправним странкама.[22] Интересантно је да је Врховни суд САД поводом обавезе тужилаштва да изнесе сав доказни материјал окривљеном на располагање заузео супротан став, тј. да тужилац у случају закључења споразума није дужан да упозна одбрану са доказима који му иду у прилог.[23]

---

[20] T. Sandefur, „In defense of plea bargaining“, *Regulation* 3/2003, 28 31.

[21] *Jasper v. the United Kingdom* [GC], no. 27052/95, § 51, 16 February 2000.

[22] Д. Николић, 20.

[23] *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002), доступно на*: http://supreme.justia.com/us/536/622/case.html*, 27. мај 2010.

2.2.2. Повреда принципа једнакости грађана

Критичари овог института често постављају питање да ли се код овог споразума повређује принцип једнакости грађана пред законом, с обзиром на то да је неким окривљенима дозвољено да се договарају и преговарају са тужиоцем око казне (ако се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до 12 година), а другима је то право ускраћено? На ово треба гледати као на слободу законодавца да аутономно регулише друштвене односе – као што има право да одреди која ће дела бити кривична дела, а која не, или када ће бити могуће ослобођење од казне, а када не, тако има и право да одреди границу када ће бити могућа примена овог споразума, а када неће. У том смислу овде се не може говорити о повреди принципа једнакости грађана јер то није апсолутни принцип, па самим тим допушта могућност одређених изузетака.

Који је био *ratio legis* оваквог решења? Вероватно да се онемогуће бенефити које овај споразум даје када су у питању учиниоци најтежих кривичних дела. Али овим решењем се то не постиже у потпуности – на пример, извршење кривичног дела прања новца од стране групе (чл. 231, ст. 4 КЗ) или извршење кривичног дела зеленаштво од стране групе (чл. 217, ст. 3 КЗ) су сасвим сигурно тешка кривична дела, али је с обзиром на природу прописане санкције код њих могућа примена института споразума о признању кривице. С друге стране, учиниоци најтежих кривичних дела (где су запрећене казне много веће) који добију статус сведока сарадника, добијају знатно веће повластице него окривљени који призна кривицу у споразуму: сведоку сараднику се утврђује минимална казна прописана законом за кривично дело које је признао и за које је у поступку доказано да га је учинио, а затим се тако утврђена казна изриче умањена за једну половину (чл. 504т, ст.1 ЗКП), док окривљеном који је признао кривицу у споразуму таква казна по правилу не може бити испод законског минимума (чл. 282*б*, ст. 2 ЗКП). Истина, да би то заслужио, сведок сарадник мора да испуни одређене обавезе (да самостално и својеручно опише све што зна о предмету суђења поводом кога се води поступак), а ако окривљени који призна кривицу учини нешто слично (открије податке значајне за спречавање, откривање или доказивање других кривичних дела), казна му се само може ублажити!

Можда би ипак требало размислити о проширењу могућности за примену овог института и на тежа кривична дела. Да не би дошло до злоупотреба, у ситуацијама када је прописана строжа казна од 12 година затвора, примену овог института би ваљало условити контролом од стране неког хијерархијски вишег надлежног органа од орга-

на који доноси пресуду (на пример, сагласност председника Врховног касационог суда, опште седнице Врховног касационог суда или став Кривичног одељења вишег суда). Такав случај постоји у САД, где за најтежа кривична дела споразум о признању кривице или нагодбу треба да одобри Министарство правде.[24]

Овде треба поменути један нонсенс нашег законодавца: наиме, Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине у чл. 13б прописује да, када се води поступак за кривична дела из надлежности овог закона,[25] споразум о признању кривице може се закључити без ограничења у погледу прописане казне које прописује ЗКП! Ово фактички значи да ако су у питању, рецимо, кривична дела геноцида, ратног злочина или злочина против човечности, споразум се у овом случају може закључити чак и ако је за ова дела прописана казна од 40 година затвора! Произлази да „већи“ злочинци имају „већа“ права. Нема сумње да је овакво решење било инспирисано праксом међународних кривичних трибунала (нарочито Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију), где су бројни споразуми о кривици ишли на руку тужиоцима јер су им обезбеђивали брз завршетак процеса и нову доказну залиху за будуће случајеве. Али, да ли је овакво решење прихватљиво и одрживо код нас? Сматрамо да није, али да би се могло исправити контролом од стране хијерархијски вишег надлежног органа онако како је у претходном пасусу предложено.

2.2.3. Необавезност ангажовања браниоца у току поступка преговарања о споразуму

Наш ЗКП у чл. 282в, ст. 5 прописује да окривљени мора имати браниоца најмање осам дана пре почетка рочишта на коме суд одлучује о споразуму о признању кривице. Ако окривљени сам не узме браниоца, поставиће му га суд по службеној дужности у истом року. Ово је ново решење које није постојало у ЗКП-у из 2006. године, што свакако представља позитиван помак.

Међутим овим решењем нису отклоњени сви недостаци. Преговори за закључење споразума могу почети и пре подизања оптуж-

[24] Овакво одобрење је потребно за кривична дела отмице авиона, када кри вично дело изврше чланови Конгреса, када се ради о кривичним делима из области организованог криминала и рекетирања, као и за све деликте, без обзира на врсту, за које је прописана смртна казна.

[25] У питању су најтежа кривична дела регулисана у чл. 2 овог закона: кри вична дела из чл. 370 до 384 и чл. 385 и 386 КЗ а, тешка кршења међународног ху манитарног права извршена на територији бивше Југославије од 1. јануара 1991. го дине која су наведена у Статуту Међународног кривичног суда за бившу Југославију и кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 333 КЗ а ако је извршено у вези са претходно наведеним кривичним делима.

ног акта,[26] практично већ у току истраге, и могу трајати све до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса, а тај период је у далеко највећем броју случајева, скоро без изузетка, дужи од периода од осам дана пре рочишта у коме окривљени мора имати браниоца. То значи да ће окривљени, уколико сам не обезбеди браниоца, фактички сам преговарати са тужиоцем о споразуму о признању кривице.

Такво решење није целисходно, јер је стручна помоћ окривљеном од стране браниоца у току преговора неопходна. Како обезбедити равноправност окривљеног у поступку преговарања ако окривљени нема браниоца? Бранилац не обезбеђује само стручну процену доказа којима располаже оптужба, већ својим знањем помаже окривљеном да схвати значај споразума и последице које он носи са собом (одрицање од права на суђење, одрицање од права на жалбу), те на основу свог искуства успешније може преговарати и договарати блаже кривичне санкције по врсти и висини него што би то умео сам окривљени.

Решење овог проблема може се наћи у прописивању обавезне стручне одбране у случају да јавни тужилац предложи закључење овог споразума, док би у случају иницирања предлога од стране самог окривљеног јавни тужилац имао обавезу да обавести окривљеног на последице преговарања, те да га посаветује да је у његовом интересу да у поступку преговарања ангажује браниоца. Друго, радикалније решење, би могло бити да се у делу ЗКП који прописује случајеве обавезне стручне одбране у кривичном поступку унесе и тачка који се односи на случајеве преговарања о споразуму о признању кривице и рочишта која се поводом споразума држе пред судом.

Занимљиво је споменути амерички случај *Hallinger v. Davis* из 1892. године (146 U.S. 314, 1892),[27] у коме судија није прихватио признање окривљеног све док му није доделио браниоца и у периоду од шест дана два пута одложио суђење, како би се уверио да је окривљени потпуно и адекватно поучен о значају и последицама признања!

2.2.4. Супротност споразума у односу на начело материјалне истине

Начело материјалне истине („оно што се заиста десило“) представља антипод начела формалне истине („оно што је суд утврдио“). Међутим, није спорно да истина, ма колико у кривичном

[26] Чл. 282а, ст. 4 који говори о томе да се „споразум о признању кривице, ако оптужница још није поднесена, подноси председнику ванпретресног већа“, јасно говори о таквој могућности.

[27] Доступно на: *http://supreme.justia.com/us/146/314/case.html*, 26. мај 2010. године.

поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност која се мора достизати по сваку цену, што значи да је истина свакако циљ кривичног поступка, али циљ до кога се може доћи само применом правних и процесних средстава која су актерима на располагању, те уз поштовање свих гарантованих права субјеката поступка.[28] Чињеница је да савремени правни сисеми демократских држава дају изразиту превагу општем начелу правне сигурности у односу на начело истине.

Могућност и пракса доношења осуђујуће пресуде само на основу признања окривљеног, без одговарајућих доказа који то потврђују, отвара могућност за одређене злоупотребе у виду признања која могу дати лица која заиста нису учиниоци кривичних дела. Мотиви невиних да признају кривицу могу бити различити – заштита блиских лица, заштита лица из кримогене средине, жеља да се импресионира околина и друго. Оваква могућност могла би створити ситуацију да организатори и лица из хијерархијски „виших" криминалних слојева приморавају (уценама, претњом) или чак договарају (уз новчану накнаду) са другим невиним лицима да за њих признају извршење одређених кривичних дела, како би скинули са себе одговорност и омогућили даље вршење кривичних дела на слободи.

Наш ЗКП изричито тражи да, поред признања окривљеног у споразуму, да би он био прихваћен, морају да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног (чл. 282в, ст. 8, тач. 4). У том смислу суд би требало да обрати пажњу да ти докази заиста буду и ваљани и недвосмислени, те да се заиста лице које је криво у конкретном случају и огласи кривим.

Спорна може бити одредба члана 282*б*, став 3 која омогућава изрицање блаже казне, тј. казне испод законског минимума, када је то „очигледно оправдано значајем признања окривљеног за разјашњење кривичног дела за које се терети, а чије би доказивање без признања било немогуће или знатно отежано". Какво је то ублажавање казне због признања кривичног дела чије би доказивање без признања било немогуће или знатно отежано? У случају да је доказивање кривичног дела без признања немогуће, онда се и не може прихватити споразум о признању кривице, нити се на основу њега може донети одлука, сходно одредби да морају да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног да би се споразум прихватио!

2.2.5. Интерес судије и тужиоца за потврђивање споразума

Постојање споразума о признању кривице у САД гарантује судији да његова пресуда неће бити контролисана, а самим тим ни

[28] М. Шкулић, *Кривично процесно право општи део*, Београд 2007, 100.

укинута у жалбеном поступку. То може навести судију да прихвати споразум само ради повећања сопственог процента потврђених одлука, који су један од критријума за вредновање рада и напредовање судија. Осим тога, он погодује и америчком тужиоцу, јер му гарантује сигурну победу, пошто суд не може донети ослобађајућу пресуду у првостепеном поступку, а другостепеног ни нема, те и њему доноси професионалне поене важне за будуће напредовање и избор у више звање. Овакво поступање у америчкој пракси доводило је до ситуација у којима се прихватају споразуми о признању кривице код којих нису уважена нека од основних начела правичности (непостојање других доказа који поткрепљују признање кривице окривљеног, повреда права оштећеног, непоштовање права окривљеног и др.).

Како у нашем праву не постоје периодични реизбори судија и тужилаца на јавним изборима као у САД, већ је судијска функција стална (изузев што се лице које се први пут бира за судију бира на три године),[29] могућности оваквих злоупотреба од стране судија су минималне. Судије у том смислу немају императив прихватања споразума како би скупљали поене за реизбор, јер до тог реизбора ни не може доћи, тако да ова критика америчких теоретичара не стоји у нашем праву.

Што се тиче јавних тужилаца, њихов мандат траје шест година са могућношћу реизбора, док је мандат заменика јавног тужиоца сталан, изузев лица које се први пут бира на ту функцију, чији мандат траје три године.[30] Међутим, како је прописано да се јавни тужилац који не буде поново изабран након истека мандата обавезно бира на функцију заменика јавног тужиоца коју је обављао пре избора,[31] видимо да је и у овом случају ситуација иста као код судија – не постоји императив прихватања споразума.

3. ПИТАЊА НА КОЈА ТРЕБА ОБРАТИТИ ПАЖЊУ

3.1. Питање групних нагодби

Групне нагодбе представљају закључење споразума о признању кривице са више саокривљених у истом предмету. Легитимност ових

---

[29] Чл. 146 Устава Републике Србије   УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и чл. 12 Закона о судијама   ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09   одлука УС и 104/09. Ипак, вид. више у овом броју часописа С. Орловић, „Сталност судијске функције *vs.* општи реизбор судија у Републици Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 163.

[30] Чл. 159 УРС и чл. 55 и 56 Закона о јавном тужилаштву   ЗЈТ, *Службени гласник РС*, бр. 116/08 и 104/09.

[31] Чл. 55 ЗЈТ.

споразума може бити доведена у питање, посебно када би тужилац закључење споразма о кривици с једним од окривљених условљавао захтевом да и други окривљени признају кривицу. До тога ће најчешће доћи када тужилац располаже слабим доказима против једног лица, те нагодбу с другим лицем условљава признањем првог.[32]

У правном систему САД ова ситуација је решена на тај начин што је тужилац дужан да обавести судију о постојању групног споразума, како би суд подробније испитао валидност признања сваког од окривљених понаособ.[33] Чини се да би овакво решење требало применити и код нас. Уз то, ово је још једна ситуација која потврђује потребу обавезног ангажовања браниоца у процесу преговарања о споразуму.

3.2. Оштећени, оштећени као тужилац, приватни тужилац, и њихов однос према споразуму о признању кривице

Има ли у овим ситуацијама могућности за закључење споразума о признању кривице? Језичким тумачењем одредаба ЗКП који регулишу ову материју изводимо закључак да таква могућност не постоји: једини овлашћени предлагачи и учесници процеса преговарања о споразуму су јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. Додуше, заштита оштећеног у овом поступку је доследно спроведена и његова права су у потпуности заштићена (вид. 2.1.4).

Ипак, што се тиче оштећеног као тужиоца, сматрамо да таква могућност апсолутно постоји, имајући у виду чл. 64, ст.1 ЗКП који говори да „оштећени као тужилац има иста права која има јавни тужилац, осим оних која припадају јавном тужиоцу као државном органу“. Преговарање и закључење споразума о признању кривице свакако није право које припада јавном тужиоцу искључиво зато што је државни орган, те би оштећени као тужилац могао да преговара и закључује овај споразум.

С друге стране, ЗКП у чл. 60 гарантује оштећеном и приватном тужиоцу право да у току истраге указују на све чињенице и да предлажу доказе који су од важности за кривичну ствар, те право да на главном претресу предлажу и изводе доказе, износе примедбе и

[32] У случају *Herbert* из 1992. године, тужилац је теретио брачни пар Херберт за препродају наркотика. Иако су се обоје првобитно изјаснили да нису криви, ту жилац је понудио окривљеном да призна кривицу како би он, за узврат, одустао од кривичног гоњења његове супруге. Окривљени је то и учинио и касније му је из речена казна од 5,5 година затвора. Касније се окривљени жалио Вишем суду, али је његова жалба одбијена уз образложење да је окривљени био свестан свих последица признања, јер га је бранилац обавестио о казни коју може да очекује, те да је његово признање резултат слободног избора, нав. према В. Бајовић, 73, фн. 112.

[33] В. Бајовић, 73.

објашњења, као и да дају друге изјаве и предлоге. Из њиховог права на предлагање доказа може се извући и њихово право да предлажу и споразум о признању кривице (сам споразум, односно признање кривице у споразуму може се посматрати као једна врста доказа). Недоумица се може јавити код питања ко би онда преговарао о споразуму? Решење би било да преговоре воде пуномоћник оштећеног или приватног тужиоца и бранилац окривљеног. Они тада не би могли да преговарају о врсти и висини кривичне санкције, већ би само предлагали санкције које би коначно одређивао суд, али би могли да преговарају о одустајању од тужбе односно предлога, о трошковима, имовинскоправном захтеву, одрицању од права на жалбу, испуњењу одређених обавеза од стране окривљеног и др. Ово би било нарочито корисно код често дугих процеса за клевету и увреду који се воде по приватној тужби, чиме би се уштедело и време и новац.

Овде треба напоменути и чл. 447 ЗКП који даје могућност судији да, пре заказивања главног претреса за кривична дела која се гоне по приватној тужби, позове приватног тужиоца и осумњиченог да одређеног дана дођу у суд ради претходног разјашњавања ствари, те да у том поступку може доћи до измирења позваних странака. Можда би баш у овом поступку могло да дође у обзир преговарање о споразуму о признању кривице. Да би се то десило, овај поступак би требало као прво да постане обавезан, а као друго осим наведених лица требало би позвати и пуномоћника приватног тужиоца и браниоца окривљеног (ова друга претпоставка била је предвиђена ЗКП-ом из 2006. године у чл. 458, ст. 1, али из необјашњивих разлога није прихваћена у новом ЗКП-у).

3.3. Питање ванредних правних лекова

Већ је указано да се у споразуму јавни тужилац, окривљени и његов бранилац одричу од права на жалбу против одлуке суда о споразуму (када га је суд у потпуности прихватио), односно да то право немају (ако је донето решење о одбацивању споразума), те да само у случају да је споразум одбијен, то право могу искористити у року од 8 дана од дана достављања решења. Када решење о усвојеном споразуму постане правноснажно, оно постаје саставни део оптужног акта, те се на основу њега доноси пресуда којом се окривљени оглашава кривим и изриче му се санкција, а таква пресуда се доставља са поуком да против ње није дозвољена жалба.

Поставља се питање да ли против овакве пресуде окривљени и остала овлашћена лица могу користити ванредне правне лекове? Да ли су се странке, одричући се права на жалбу против пресуде донете у овом поступку, истовремено одрекле и од употребе ванредних правних лекова предвиђених за редовни поступак, није регулисано законом. Ако није дозвољено нападати ову врсту пресуде

редовним правним леком што је редовно, нормално, загарантовано међународним конвенцијама, зашто би онда било дозвољено нешто што је ванредно, нешто што се не гарантује, нешто што није у редовној употреби?[34] Зашто би се у пракси дозволили ванредни правни лекови, ако се окривљени без или у присуству браниоца одрекао редовног правног лека?[35]

Одговор треба тражити у сврси ванредних правних лекова – њихово оправдање је у томе што се у неким случајевима може показати да и правноснажно пресуђена кривична ствар није правилна и законита. Таква могућност улагања ових средстава могла би бити и добар противаргумет наспрам оних који тврде да је споразум о признању кривице у супротности са начелом материјалне истине (вид. 2.2.4). Даља питања треба решавати по општим прописима, те водити рачуна да се одлука не може донети на штету окривљеног. С обзиром на редукцију ванредних правних лекова по ЗИД ЗКП, потенцијално долазе у обзир захтев за понављање кривичног поступка и захтев за заштиту законитости.

Ипак, ако се дозволи понављање поступка (било по захтеву за понављање или захтеву за заштиту законитости), онда се мора дати одговор шта се понавља: да ли доношење пресуде, да ли рочиште за оцену споразума, да ли поступак закључења споразума, као и одговорити на још многа питања?[36] Можда је право решење сачекати да још неке аргументе дају и пракса и теорија и законодавац, али ипак се чини да би оваква могућност у начелу требала да постоји.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Под утицајем снажних друштвених промена које су у савременим условима досегле неслућене размере, сваки систем губи значајан број полазних карактеристика. Да би систем опстао, потребни су механизми способни за изразито брзо прилагођавање захтевима времена.[37] Кривично материјално право је на друштвене промене одговорило, између осталог, растућом инкриминализацијом. То је за последицу имало повећан прилив предмета који је довео у питање

[34] Д. Николић, 197.

[35] *Ibid.*

[36] *Ibid.,* 199. Исти аутор даље даје оцену да поступак за закључење споразума и само закључење споразума нису судски поступци и да се они не могу поновити, тј. да не могу бити предмет понављања кривичног поступка. По његовом мишљењу може се поновити само рочиште пред судом на којем се одлучује о споразуму или само доношење пресуде.

[37] Вид. М. Мајић, „Начело легалитета нормативна и културна еволуција (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 50 52.

ефикасност правосудног система. Како је ефикасност правосудног система, изражена кроз право на суђење у разумном року, императив сваког савременог судског поступка, јасно је да су се судови нашли у великом проблему.[38] Један од механизама који на пољу кривичног процесног права Србије треба да реши тај проблем јесте и споразум о признању кривице.

Као и сваки нови институт који се уводи у правни систем одређене земље, тако је и споразум о признању кривице унапред осуђен на бројне критике и оцену да је несавршен. Узимајући у обзир чињеницу да се ради о установи „трансплантираној" из адверзијалног типа поступка САД у континентални систем Србије, те критике добијају на тежини, чини нам се неоправдано.[39]

Нормативно решење споразума о признању кривице у нашем праву, уз све наведене разлоге *pro et contra*, треба поздравити као исправан корак који ће унети једну позитивну револуцију у наш правни систем. При томе морамо нарочито имати у виду резултате који су применом овог споразума постигнути у другим државама. На уочене недостатке треба обратити пажњу и у неким будућим изменама закона их кориговати. Ипак, за потпунију оцену овог института треба сачекати да се види одговор праксе и резултати у убрзању кривичних поступака и растерећењу правосуђа.

Miloš Milovanović

PhD student
University of Belgrade Faculty of Law

PLEA BARGAINING *PRO ET CONTRA*

Summary

A plea bargain is an agreement in a criminal case between the prosecutor and the defendant, under which the defendant pleads guilty, usually

[38] Право на суђење у разумном року, као део права на правично суђење, нормирано је чланом 6 Европске конвенције о људским правима, који прописује: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року..."

[39] Како наводи Алан Вотсон: „у Србији је до сада било раширено опште осећање да позајмити право из неког другог система представља знак инфериорности, што је за последицу имало уздржавање од позајмљивања. Међутим, сада су... постали свесни како је позајмљивање у правом смислу речи универзална појава, која је потпуно прилична и за Србију", А. Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 16.

to a lesser charge or to the original criminal charge, while the prosecutor recommends a lighter sentence. It was introduced into Serbian legal system in 2009, by the Act amending the Code of Criminal Procedure. The first attempt to bring this type of agreement into Serbian law was fruitless, as the piece of legislation introducing it never came into force. The author calls attention to the arguments in favor of and against plea bargaining from the comparative perspective, and weighs the new rules of Serbian criminal procedure in respect of plea bargaining against the well settled rules in other legal systems.

Key words: *Plea bargain. – Criminal procedure. – Human rights.*

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ У 2010. ГОДИНИ

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 23. фебруара 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 21. децембра 2009. године, донело је одлуку о избору:

др РАЈКА ЈЕЛИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право;

др НИКОЛЕ БОДИРОГЕ, асистента, у звање и на радно место доцента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско процесно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 29. марта 2010. године, донело је одлуку о избору:

мр ВЛАДИМИРА ВУЛЕТИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

мр МИЛОША МИЛОШЕВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за ужу научну област Јавне финансије и финансијско право – предмете Пореско право и Јавне финансије и буџетско право;

мр ЧЕДОМИРА ГЛИГОРИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за ужу научну област Економска анализа права – предмет Основи економије;

мр ИВАНА ЂОКИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

мр ВАЛЕНТИНЕ ЦВЕТКОВИЋ, магистра правних наука, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 20. априла 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. фебруара 2010. године, донело је одлуку о избору:

др ВЛАДАНА ЈОНЧИЋА, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за Међународноправну и Управноправну ужу научну област – предмете Људска права и Право одбране;

др БРАНКА РАКИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за Међународноправну ужу научну област – предмете Право европских интеграција и Међународни односи.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 10. маја 2010. године, донело је одлуку о избору:

мр ДУШАНА РАКИТИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Национална историја државе и права.

ТИЈАНЕ ПЕРИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије и социологије права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 8. јуна 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 10. маја 2010. године, донело је одлуку о избору:

др САШЕ БОВАНА, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије и социологија права;

др МИЛОША ЖИВКОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 29. јуна 2010. године, донело је одлуку о избору:

НИНЕ КРШЉАНИН, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Национална историја државе и права;

НИКОЛЕ СЕЛАКОВИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција;

АНДРЕЈЕ КАТАНЧЕВИЋА, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

мр МИРЈАНЕ ДРЕНОВАК ИВАНОВИЋ, магистра правних наука, у звање и на радно место асистента за предмете Еколошко право и Правна информатика (вештина).

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 6. јула 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 29. јуна 2010. године, донело је одлуку о избору др ДЕЈАНА ЂУРЂЕВИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Наследно право.

Сенат Универзитета у Београду на седници од 14. јула 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 21. децембра 2009. године, донео је одлуку о избору др АЛЕКСАНДРА ЈАКШИЋА, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за Међународноприватну ужу научну област – предмет Међународно приватно право и Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско процесно право.

Сенат Универзитета у Београду на седници од 14. јула 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 29. јуна 2010. године, донео је одлуку о избору др ЉИЉАНЕ РАДУЛОВИЋ, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 13. септембра 2010. године, донело је одлуку о избору:

мр НАТАШЕ ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Пословноправну ужу научну област – предмет Право осигурања;

ФИЛИПА БОЈИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Радноправну ужу научну област – предмет Радно и социјално право;

КАТАРИНЕ ДОЛОВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 13. септембра 2010. године, донело је одлуку о продужењу ангажовања и у школској 2010/2011. години:

ИВАНЕ МАРКОВИЋ, сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

МИЛИЦЕ КОЛАКОВИЋ-БОЈОВИЋ, сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 1. новембра 2010. године, донело је одлуку о избору:

мр МАРКА СТАНКОВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право;

НАТАЛИЈЕ ЛУКИЋ, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Криминологија са правом извршења кривичних санкција;

МАРКА ПЕРОВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 6. децембра 2010. године, донело је одлуку о избору ЈЕЛЕНЕ ЛЕПЕТИЋ, дипломираног правника-мастера, у звање и на радно место асистента за Пословноправну ужу научну област – предмете Компанијско право и Стечајно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 7. децембра 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 13. септембра 2010. године, донело је одлуку о избору др ДРАГОРА ХИБЕРА, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 7. децембра 2010. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 1. новембра 2010. године, донело је одлуку о избору:

др МИРОСЛАВА МИЛОШЕВИЋА, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

др ЖИКЕ БУЈУКЛИЋА, ванредног професора, поново у звање и на радно место ванредног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

др ВОЈИСЛАВА СТАНИМИРОВИЋА, доцента, поново у звање и на радно место доцента за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2010. ГОДИНЕ

1. Мр Милош Живковић, „Акцесорност заложних права на непокретности“, докторирао 29. јануара 2010. године;

2. Мр Милош Петровић, „Војна потреба у међународном праву оружаних сукоба“, докторирао 13. фебруара 2010. године;

3. Мр Јелена Ћеранић, „Правни и политички облици повезивања држава унутар Европске уније“, докторирала 22. марта 2010. године;

4. Мр Марта Сјеничић, „Кривица пацијента као оштећеног у грађанском праву“, докторирала 17. маја 2010. године;

5. Мр Александра Гогуси, „Накнада ратне штете после Другог светског рата у грчком и српском праву“, докторирала 19. маја 2010. године;

6. Мр Срђан Владетић, „Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови“, докторирао 20. маја 2010. године;

7. Мр Славко Ђорђевић, „Прилагођавање у међународном приватном праву“, докторирао 24. маја 2010. године;

8. Мр Тијана Шурлан, „Злочин против човечности у међународном јавном праву“, докторирала 24. јуна 2010. године;

9. Мр Душко Кнежевић, „Правне и економске претпоставке одрживости система пензијског осигурања“, докторирао 26. јуна 2010. године;

10. Мр Слободан Стојановић, „Поступак пред *ad hoc* трибуналом у Хагу“, докторирао 29. јуна 2010. године;

11. Мр Владимир Вулетић, „Заштита права купца – допринос римског класичног права развоју европског приватног права“, докторирао 2. јула 2010. године;

12. Мр Милан Стевовић, „Утврђивање и анализа чињеница код саобраћајних незгода“, докторирао 29. септембра 2010. године;

13. Мр Јелена Видић, „Наследноправне последице односа сродства, брачне и ванбрачне везе“, докторирала 19. октобра 2010. године;

14. Мр Марко Станковић, „Уставно судство у савременим федерацијама“, докторирао 27. октобра 2010. године;

15. Мр Ирис Бјелица Влајић, „Међународноправни стандарди принципа једнакости странака успостављени Европском конвенцијом о људским правима и праксом Европског суда за људска права“, докторирала 2. новембра 2010. године;

16. Мр Марко Божић, „Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести“, докторирао 18. новембра 2010. године;

17. Мр Сања Радовановић, „Уговор о лиценци софтвера“, докторирала 1. децембра 2010. године;

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ 2010. ГОДИНЕ

1. Данијела Жарић, „Индивидуална кривична одговорност за злочин агресије“, одбранила 1. фебруара 2010. године;

2. Биљана Томић, „Међународноправни стандарди заштите социјалних права у европском региону“, одбранила 4. фебруара 2010. године;

3. Снежана Кнежевић, „Продаја стечајног дужника као правног лица“, одбранила 1. марта 2010. године;

4. Милица Ковачевић, „Криминално-политички аспект постпеналне помоћи“, одбранила 2. марта 2010. године;

5. Миљана Медаковић, „Правни положај стечајног управника у стечајном поступку – упоредноправна анализа, с посебним освртом на републике бивше СФРЈ“, одбранила 9. марта 2010. године;

6. Огњен Вујовић, „*Iniuria*“, одбранио 18. марта 2010. године;

7. Душица Трифуновић, „Насиље у породици – породично-правни аспект“, одбранила 27. априла 2010. године;

8. Ана Ђуричић, „Право на родитељство појединца и хомосексуалних парова“, одбранила 12. мај 2010. године;

9. Драган Благић, „Начело законитости у кривичном праву“, одбранио 17. маја 2010. године;

10. Татјана Јовановић, „Социолошко-правни аспекти задругарства Михаила Аврамовића“, одбранила 24. маја 2010. године;

11. Сенад Ганић, „Допринос саветодавне улоге Међународног суда правде у тумачењу и развоју међународног права“, одбранио 24. маја 2010. године;

12. Јадранка Живковић, „Убиство детета при порођају у нашем кривичном праву“, одбранила 31. маја 2010. године;

13. Вељко Делибашић, „Кривичноправни аспект проституције“, одбранио 31. маја 2010. године;

14. Владимир Јеремић, „Утицај изборног система на странački систем“, одбранио 2. јуна 2010. године;

15. Бранимир Филиповић, „Деволуција у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске“, одбранио 12. јун 2010. године;

16. Драгана Чворовић, „Полиција и преткривични поступак“, одбранила 14. јуна 2010. године;

17. Миливој Антун Лазић, „Малолетници, млађи пунолетници и кривично-правна заштита деце и малолетника – компаративни приказ“, одбранио 14. јуна 2010. године;

18. Ана Бечановић, „Поступак престанка брака у праву Србије и Црне Горе“, одбранила 18. јуна 2010. године;

19. Светлана Павковић, „Право осигурања у коњичком спорту“, одбранила 22. јуна 2010. године;

20. Моника Лалић, „Арапско-израелски сукоб, са посебним освртом на савремени тренутак“, одбранила 22. јуна 2010. године;

21. Светозар Бајић, „Правни аспекти приватизације Телекома Српске а.д. Бања Лука“, одбранио 23. јуна 2010. године;

22. Милош Бошковић, „Усвајање *acquis communautaire* као услов за придруживање и чланство у Европској унији (уз посебан осврт на земље Западног Балкана)“, одбранио 29. јуна 2010. године;

23. Јулијана Могош, „Колективно отпуштање као облик реорганизације послодавца“, одбранила 6. јула 2010. године;

24. Драгоје Андрић, „Утицај федералних јединица на положај савезне егзекутиве“, одбранио 7. јула 2010. године;

25. Владимир Милошевић, „Право детета на образовање“, одбранио 14. јула 2010. године;

26. Кристина Обрадовић, „Европски систем Централних банака – институционални аспекти“, одбранила 15. јула 2010. године;

27. Ивица Ежденци, „Стратешки менаџмент у јавној управи – правни аспекти“, одбранио 2. септембра 2010. године;

28. Јелена Стефановић, „Врсте поступака пред Судом правде Европске уније“, одбранила 13. септембра 2010. године;

29. Јасмина Субић, „Притвор у кривичном поступку“, одбранила 29. септембра 2010. године;

30. Ненад Станковић, „Признање окривљеног“, одбранио 3. новембра 2010. године;

31. Бајо Цмиљанић, „Однос Републике Србије према међународном тероризму“, одбранио 23. децембра 2010. године;

32. Весна Богосављевић, „Насиље у породици: Усклађеност права Републике Србије са међународним стандардима“, одбранила 10. децембра 2010. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

У горњем левом углу наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у фусноти установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^{3}).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и

презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit*., нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.
Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1 15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис мењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану италиком и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e. asp,* 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LVIII, No. 2, 2010, pp. 1–446

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

DEBATE

COMMENTARIES ON COURT DECISIONS

LEGISLATION ANALYSIS

BOOK REVIEWS

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском језику излази као трећи број српског издања. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514